







BULLETTINO

DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO

DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

Anno IX (1896)

ROMA
L. PASQUALUCCI, EDITORE

1896.



K
9
S75
anno 9

Legge municipale tarentina

Negli ultimi mesi dell'anno 1894 il prof. Luigi Viola scopri in Taranto parecchi frammenti di una tavola di bronzo, i quali ricomposti insieme ci hanno data tutta la prima colonna e pochissime lettere del principio delle linee della seconda colonna. Il prof. Viola pubblica il testo con commenti suoi, miei e del De Petra nei *Monumenti* editi dall'Accademia dei Lincei. Io ristampo qui pressochè contemporaneamente il testo per utilità dei cultori del diritto romano con alcune illustrazioni simili naturalmente a quelle della pubblicazione testè citata.

Ecco il testo con pochi e quasi sicuri supplementi.

VIII

ne esse liceat neve qu[od]quod eius municipi pecuniae publicae sacrae religiosae est erit fra[ui]dato neve av[e]rtito neve facito quo eorum quid fiat neve per li[t]teras publicas fraudemve publicum peius facito d[olo] m[alo]. qui faxit quanta ea res erit quadruplum multae esto, eamque pecuniam mu[n]icipio dare damnas esto, eiusque pecuniae magistratus, qui quomque in municipio erit, petitio exactioque esto.

III vir(ei) aedilesque, qui h(ac) l(ege) primei erunt, qui eorum Tarentum venerit, is in diebus XX proxumeis, quibus post h(anc) l(egem) datam primum Tarentum venerit, facito qui pro se praes stat praedes praediaque ad III vir(um) det quod satis sit, quae pecunia public[a] sacra religiosa eius municipi ad se in suo magistratu pervenerit, eam pecuni[a]m municipio tarentino salvam recte esse futur[a]m eiusque rei rationem r[ed]diturum ita, utoi senatus consuerit. isque III vir, quoi ita praes dabitur, ac[c]ipito idque in tabu[li]s publice scriptum sit facito. quique quomqu[e] comitia duovireis a[ed]ilibusve rogandis

habebit, is antequam maior pars curiarum quenque eorum, qui magistratum eis comitiis petent, renuntiabit, ab eis qui petent praedes quod satis sit accipito, [qu]ae pecunia publica sacra religiosa eius municipi [ad] quenque eorum in eo magistratu pervenerit, eam pecuniam municipio tarentino salvam rec[ite] ess[e] futu[ra]m ei[us]que rei ration[e]m redditurum ita utei senatus ce[n]sulerit [i]dque in [tabu]lis publice scriptum sit, facito, quodque [qu]o[n]que neg[oti]um publice in m[un]icipio de s(enatus) s(ententia) datum erit negative publici gesserit pecuniamque publica[m] dederit exegerit is, quoi ita negotium

a
m
qu
ut
is
m

Sei q
neive
tar
fia
at
d
Sei qu
pos
quo
quod vid
facito
Quo die qu
est quae
est

25 datum erit negative quid publice gesser[it] pecuniamve publicam dederit
exegerit, eius rei rationem senatui reddito refortque in di[eb]us X proxume[is]
quibus senatus eius municipi censuer[it] sine d(olo) m(alo).

30 Quei decurio municipi tarentinei est erit quæve in mun[ici]pio tarenti[no] in
senatu sententiam deixerit, is in o[pp]ido Tarentei aut intra eius muni[cipi]
fineis aedificium quod non minu[s] MD tegularum tectum sit habeto [sine]
d(olo) m(alo). quei eorum ita aedificium suum non habebit seive quis eorum
aedificium emerit mancipiove acceperit quo hoic legi fraudem f[axit],

is in annos singulos HS n IOO municipio tarentino dare damnas esto.

35 Nei quis in oppido quod eius municipi e[st] aedificium detegito neve dem[olito]
neive disturbato, nisei quod non deterius restitutus erit, nisei d[e] s(enatus) s(ententia).
sei quis adversus ea faxit, quant[um] id aedificium f[ul]erit tantam pecuni[a]m
municipio dare damnas esto, eiusque pecuniae [que]i volet petiti[o] esto.

magi(stratus) quei exegerit dimidium in [p]ublicum referto, dimidium in l[u]deis, quos
publice in eo magistratu facie[t], consumito, seive ad monumentum suum
in publico consumere volet, l[icet]o idque ei s(ine) f(rande) s(ua) facere liceto.

Sei quas vias fossas clouacas IIII vir II vir aedilisve eius municipi caussa

40 publice facere immittere commutare aedificare munire volet intra
eos fineis quei eius municipi erun[t], quod eius sine iniuria fiat, id ei facere
liceto.

Quei pecuniam municipio tarentin[o] non debebit, sei quis eorum quei

municeps erit neque eo sexennio [p]roxumo quo exire volet duovirum

re
eas
testamen
facto mort
oporteret
item iei omni
sei ceivitate
frau'
aqu
eode
fine
iuris
de ite

Riguardo alla lettura è da osservare che la tavola non fu incisa molto correttamente: così, per esempio, si incontra *religiosae* nella lin. 2,¹⁾ l'abbreviazione *magi* nella lin. 36, e più altri errori simili. Nella lin. 9 è incerto se debba leggersi *praes stat* in due parole, ovvero *praesstat* in una sola. Nella stessa linea 9 è incerto se l'*ad IIIIvir.* debba integrarsi con *IIIIvir(um)* ovvero con *IIIIvir(os)*. Nelle linee 21 22 alle parole *negotive publice* ci si aspetterebbe un *quid* in appoggio del genitivo (confr. linea 23), e anche il *publicei* potrebbe essere scambiato con *publice* (confr. anche linea 23). Nella linea 30 poi, dove ho posto *f[axit]*, è necessario avvertire che nel bronzo la prima lettera si leggerebbe ora più probabilmente *e* che *f*, sicchè invece di *f[axit]* fu proposto *e[gerit]*, *e[xcogitaverit]*. Ma la *F* può facilmente essersi guasta in *E*. Più importante è il notare, che, a parer mio, nella linea 3 sono state probabilmente omesse dall'incisore parecchie parole, forse una linea dell'originale; perchè non credo possa stare la frase *fraudemve publicum peius facito*. Il *publicum* ha bisogno di un sostantivo che lo regga. Si potrebbe supporre qualche cosa come *neive.... aurum argentum aes publicum peius facito*, pel confronto con la *lex Iulia peculatus*, di cui parlerò più oltre.

Siamo pertanto in presenza della nona tavola della costituzione del municipio di Taranto. Ciò non può essere dubbio. Il *municipium* vi è menzionato nelle linee 1. 5. 6. 10. 11. 17. 18. 21. 25. 26. 27. 31. 32. 35. 39. 41. 43 ed è chiamato *municipium tarentinum* nelle linee 11. 18-19. 26. 31. 43. Inoltre Taranto vi è nominata nelle linee 7. 8. 27. Il municipio comprendeva Taranto città (*oppidum*, linee 27. 32) e il territorio circostante (*intra eius municipi finis* (linee 27-28. 41). — La legge è una *lex data*, come si designa essa stessa nella linea 8, e ciò concorda con quanto sappiamo circa gli statuti dei municipii: ²⁾ confr. *Tab. Heracl.* linea 159; *lex Genetivae Iuliae*, cap. 67; *lex Salpensana* cap. 26 linea 43; CICERO *Verr.* II, 2, 37, 90; 50, 125; LIVIUS 9, 20, 5; 45, 30, 32; *Livii Epit.* 100. Essa fu dunque stabilita dal magi-

1) Il confronto con le linee 10. 17 dimostra che anche nella linea 2 doveva scriversi *religiosae*: tuttavia sulla forma in *ossus* confronta CORSSSEN *Beiträge* 480.

2) Vedi specialmente MOMMSEN *Stadtrechte der lat. Gem. Salp. u. Mal.* p. 394.

strato romano, cui fu demandato l'incarico di costituire il municipio tarentino (*constituere leges*, CICERO Verr. II. 2, 16, 40, *municipium constituere*, *lex Mamilia* cap. 53. 55.)

Sfortunatamente i capitoli più intelligibili del frammento conservatoci di questa legge non contengono gran che di nuovo, e corrispondono per la sostanza e spesso anche per la forma a disposizioni, che ci sono già note per le altre leggi. Le parti, che per la novità loro o per la natura del loro contenuto apparirebbero più importanti, come per esempio il capitolo del quale ci è conservato il principio nelle ultime due linee della prima colonna, e l'altro relativo a materia testamentaria, di cui leggiamo poche ed incomplete parole nelle linee 32 e seguenti della seconda colonna, sono, almeno per me, pressochè intelligibili.

Ciò posto, ci si appalesa di massima importanza la determinazione dell'età di questa legge, poichè questa potrà darci luce circa il rapporto di priorità di fronte alle leggi simili e, se, come infatti dimostreremo, la nostra legge è precedente alle altre simili, ciò potrà indurci anche ad alcune più generali conclusioni non prive di valore per la storia del diritto.

Alla domanda circa l'età di questa legge tarentina si può rispondere con grande approssimazione in base alle seguenti osservazioni.

Già la forma della legge ci fa pensare al settimo secolo di Roma. Vi si adatta, mi pare, il carattere delle lettere simile a quello delle altre tavole di quel tempo¹⁾; vi si adatta la grafia di molte parole, e la mancanza di spezzature di parole in fine di linea. Così sono indizii di tale età la forma *pegunia*, l'abbondanza di *ei* per *i* (*neive*, *seive*, *quei primi*, *tabuleis* etc etc), le forme *suom*, *hoic*, il verbo *faxit*, e la rara forma *clouacas*. Riguardo al *faxit* confr. la *lex Silia de ponderibus*, la *lex agraria* linea 25 e forse 84, l'iscrizione in CIL. I n. 542, e gli esempi lette-

1) Il prof. Viola ha fatto l'importante scoperta che in questa tavola, e in molte altre prima inosservate, l'incavo delle lettere era pieno di una composizione bianca, sicchè sul bronzo nuovo lo scritto spiccava in bianco sul bruno del metallo.

rarii nel lessico FORCELLINI — DE VIT; riguardo a *clouacas* confr. le iscrizioni in CIL. I. n. 1178 e X n. 5055. 5679. ¹⁾

Il confronto della nostra tavola con quella di Eraclea ci induce ad ammettere la maggiore antichità della nostra. Infatti la nostra ha *pegunia*, laddove l'eracliense ha *pecunia* (linee 19. 37. 38. 40. 41. 43. 44. 48. 97. 107. 125. 140); la nostra ha *deixerit*, dove l'eracliense ha *dixerit* (linea 74); la nostra *faxit*, dove l'eracliense *fecerit* (linee 42. 91. 92. 97. 101. 102. 107. 110. 112. 117. 123. 140); ed alcune forme antichate non sono costanti nella eracliense (vedi per esempio *nere* nelle linee 18. 22. 71. 90. 95. 96. 104. 105. 106. 129. 132. 137. 139. 140. 162 — *uti* nella linea 21 — *nisi* nelle linee 57. 87. 100 — *suum* nella linea 32 etc); finalmente nella eracliense si trovano in fin di linea non rare le spezzature di parole.

I passi comuni alla nostra legge e a quella di *Genetiva Iulia* ci dimostrano la priorità della nostra: così p. e. nel capo 75 la legge di *Genetiva* ha *fecerit*, mentre la nostra ha *faxit*, linea 34: nel capo 77 quella ha *cloacas*, mentre la nostra ha *clouacas*, linea 39; quella *finis qui*, mentre la nostra *fineis quei*, linea 41.

Ma più forte di queste prove è un altro ordine di considerazioni di valore veramente decisivo.

È chiaro che la nostra legge contiene il primo statuto del municipio di Taranto, poichè nelle linee 7 ed 8, nel capitolo relativo alla *cautio praedibus praediisque* da darsi dai primi magistrati, si parla dei magistrati, che primi verranno in Taranto; il che, se può già sembrare alquanto strano per la prima costituzione del municipio in una città come Taranto, sarebbe del tutto incomprensibile se Taranto fosse già stata prima municipio romano. Possiamo pertanto ritenere che la data della nostra legge è la medesima della prima costituzione di Taranto a municipio romano.

Ma quale è mai questa data?

Anche se ci mancassero prove speciali, tutte le presunzioni porterebbero alla conclusione, che Taranto non dovesse avere molto

¹⁾ La forma *clouaca* è richiesta anche dalla etimologia vedi VANIČEK *Etym. Wörterbuch der lat. Sprache*, 1881, pag. 72.

tardato a diventare municipio romano in seguito alla legge *Julia de civitate* e alla *Plautia Papiria* e per ciò poco dopo il 664 di Roma.

Ma le prove più dirette ci sono date dall'orazione di Cicerone *pro Archia*.

Cicerone pronunziò l'orazione *pro Archia* nell'anno 692 di Roma, e in quel tempo Taranto era municipio romano. Ecco infatti l'andamento della argomentazione dell'oratore. Cicerone (ib. 3,5) ricorda che Archia aveva ottenuta la cittadinanza di Taranto, Reggio e Napoli: " itaque hunc et Tarentini et Regini et Neapolitani civitate ceterisque praemiis donarunt et omnes qui aliquid de ingeniis poterant iudicare cognitione atque hospitio dignum existimarunt „ Taranto dunque, come Reggio e Napoli, era città peregrina ¹⁾ prima dell'anno 652 di Roma, poichè Cicerone aggiunge subito dopo le parole testè riferite: " hac tanta celebritate famae quum esset iam absentibus notus, Romam venit, Mario consule et Catulo „ e questo consolato è appunto quello del 652. Di poi Archia fu ascritto alla cittadinanza di Eraclea *civitas aequissimo iure ac foedere* (4,6), e poichè per la legge di Silvano e Carbone (o legge Plautia Papiria del 664 o 665) era stata concessa la cittadinanza romana a coloro, che, essendo ascritti alle città federate, avessero il domicilio in Italia al momento della promulgazione della legge stessa e avessero entro 60 giorni fatta la *professio* dinanzi al pretore, Archia, secondo il suo difensore aveva ottenuta la cittadinanza romana. Ma nel corso del suo ragionamento Cicerone (5, 10) soggiunge: " quae cum ita sint, quid est quod de eius civitate dubitētis, praesertim quum aliis quoque in civitatibus fuerit ascriptus? Etenim quum mediocribus multis et aut nulla aut humili aliqua parte praeditis gratuito civitatem in Graecia homines impertiebant, Reginos credo aut Locrenses aut Neapolitanos aut Tarentinos, quod scaenicis artificibus largiri solebant, id huic summa ingenii praedito gloria noluisse! Quid? quum ceteri non modo post civitatem datam, sed etiam post legem Papiam aliquo modo in eorum municipiorum tabulas irrepperunt, hic qui ne utitur quidem illis, in quibus est

1) Confr. ZUMPT *Comm. epigr.* I p. 392, LANGE *Alterth.* III² p. 49, MARQUARDT *Staatsverwaltung* I² p. 45 a 48; MOMMSEN *C.I.L.* I p. 87.

scriptus, quod semper se Heracliensem esse voluit, reiicietur? „ Da questo passo parmi si possa trarre con certezza la conseguenza che anche Taranto era diventata municipio romano in forza delle leggi del 664 ¹⁾, appunto come sappiamo d'altra parte di Napoli ²⁾, di Eraclea ³⁾ e di Reggio. ⁴⁾

Concludiamo dunque che la nostra legge municipale deve essere stata data ai Tarentini poco dopo il 664 di Roma. Questa data così antica, che ci riporta ad un tempo anteriore alla legislazione di Giulio Cesare, e c'induce a ritenere che la nostra legge si riconnetta ad uno schema generale di costituzione municipale del tempo in cui fu emanata la legge *de civitate*, costituisce come ho avvertito più sopra la massima importanza storica della nuova scoperta. Per questa data diventano interessanti anche le coincidenze della nostra legge con quelle posteriori di simile natura.

Il ch.mo DE PETRA, nel suo scritto inserito nei *Monumenti dell'Accademia dei Lincei* come commento alla nostra legge, sostiene che la *lex Iulia municipalis* non fosse quella della tavola di Eraclea, ma bensì una che accompagnò come schema generale di costituzione municipale la vecchia *lex Iulia de civitate*. La *lex Mamilia*, che anche il DE PETRA dice essere la *Iulia agraria* del 695, o meglio un allegato di essa, fu fatta per le colonie, ma in modo da valere anche pei municipii. La tavola di Eraclea contiene una legge satura di parziali riforme.

Passiamo ora alla illustrazione delle singole parti del frammento rimastoci.

La tavola stessa porta il numero VIII, nessun dubbio su

1) Vedi pure Cicero *Verr.* II 4, 60, 135. — Confr. ZUMPT *Comm. epigr.* I p. 392 nota 1, p. 467. In qual rapporto il municipio venisse a trovarsi con la colonia dell'anno 632 (Vell. I. 15, 4; confr. Plutarchus G. Gracchus 8; [Aur. Vict.] de vir. ill. 65,3) rimane oscuro, come più altri punti relativi a tale colonia.

2) CICERO *pro Balbo* 8, 21; *ad Att.* 10, 13, 1. — conf. BELOCH *Campanien* ² p. 33. 40. — Il passo di Cicerone *pro Balbo* 8, 21 è stato male interpretato dal RUDORFF *Röm. Rechtsgeschichte* I p. 31 nota 13, e dallo HERZOG *Gesch. u. Syst. d. röm. Staats-Verfassung*. I. p. 496 come se gli Eracliesi e i Napoletani avessero preferita la loro antica condizione alla cittadinanza romana loro offerta. Cicerone dice solo che vi fu un grande partito in questo senso; ma evidentemente la maggioranza fu per l'accettazione della cittadinanza romana. Vedi pure MOMMSEN *Röm. Gesch.* ⁶ II p. 239.

3) CICERO *pro Balbo* 8, 21.

4) CICERO *ad fam.* 12, 25, 3; *Verr.* II, 4, 60, 135.

questo punto, e poichè essa apparisce divisa in due colonne e la prima colonna rimastaci contiene più di quattro capitoli della legge, si può, con un calcolo molto all'ingrosso, argomentare che i capitoli a noi conservati sono all'incirca tra il 60° e l'80° della legge. Nè a molto lontana conclusione ci condurrebbe l'analogia delle altre leggi municipali a noi note, poichè nella legge di Genetiva Julia i capitoli, che corrispondono a quelli della nostra legge, portano appunto i numeri 75 e 77, e della legge Malacitana si possono riscontrare i capitoli 60. 62. 67.

Mentre nelle leggi Mamilia, Rubria, Ursonense, Salpensana, Malacitana i capitoli sono numerati, e nella Salpensana e Malacitana hanno anche titoli ¹⁾, nella nostra i numeri mancano, come del resto in molte altre. ²⁾

Le prime 6 linee della colonna che ci è rimasta contengono la fine di un capo della legge diretto contro il peculato. Notevole è la somiglianza della disposizione contenuta in queste linee con ciò, che ci è ricordato dalla *lex Julia peculatus* nella l. 1 D ad l. Jul. pecul. 48, 13 (Ulp. lib. 44 ad Sab.): “*Lege Julia peculatus cavetur ne quis ex pecunia sacra religiosa publicave auferat neve intercipiat neve in rem suam vertat neve faciat quo quis auferat intercipiat vel in rem suam vertat, nisi cui utique lege licebit: neve quis in aurum argentum aes publicum quid indat neve immisceat neve quo quid indatur immisceatur faciat sciens dolo malo, quo id peius fiat*”, e nella l. 4 pr. eod. (Marcian. lib. 14 Instit.) “*Lege Julia peculatus tenetur, qui pecuniam sacram religiosam abstulerit interceperit*”, e nella l. 11. (9) § 2. eod. (Paul. lib. sing. de iud. publ.) “*Labeo libro trigesimo octavo posteriorum peculatum definit pecuniae publicae aut sacrae furtum non ab eo factum cuius periculo fuit.*”, Vedi pure §. 9 Inst. de publ. iud. 4, 18.

Relativamente a tale reato noi troviamo infatti la pena del quadruplo, che è comminata nella nostra legge: confr. PAUL. *Sent.* 5, 27; l. 8. §. 1(6. §. 2.) D. ad l. Jul. pecul. 48, 13; l. 15(13) eod.;

1) La *lex Acilia* ha titoli, ma non numeri.

2) Vedi per esempio *lex agraria*, *lex Antonia de Thermessibus*, *lex Cornelia de XX quaest.*, il frammento Atestino (anche in ciò diverso dalla legge Rubria), la tavola di Eraclea etc.

l. 1 C. Theod. de crim. pecul. 9, 28; Edictum Theoderici 115; confr. per analogia l. 1 C. ad l. Iul. repet. 9, 27; l. 3 §. 1 C. de adsess. 1, 51; l. 1 C. de his qui ex publ. rat. 10, 6.

Si osservi, ma senza darvi troppo peso, che anche nel testo citato del Codice Teodosiano la pena del quadruplo è chiamata *multa*. Per l'uso di questa parola confr. MOMMSEN *Staatsrecht* I³ p. 180 n. 2, dove però converrà per la nostra legge aggiungere che la parola *multa* si può addirittura considerare come appartenente allo stile legale proprio, in quest'applicazione. Veggasi del resto pure BRUNS *Popularklagen* (*Klein. Schriften* I p. 225 segg.); HUSCHKE *Multa* p. 250 segg.

Anche il verbo *avertito* (linea 2) è caratteristico del peculato e doveva essere usato nelle leggi anteriori alla Giulia, alle qual probabilmente ancora allude il verbo *avertere* che si legge in VARONE *de l. l.* 5, 95 e in CICERONE *Verr.* II, 1, 4, 11 e 3, 76, 175.

Ho già detto più sopra, che la linea 3 probabilmente deve integrarsi in base alla citata l. 1 D. ad l. Iul. pecul. 48, 13.

La nostra tavola dunque ci conferma l'esistenza di una legge romana sul peculato anteriore alla Giulia e un pò diversamente concepita, benchè sostanzialmente simile ad essa; legge sulla quale fu modellato il capitolo dello statuto municipale. Già il SIGONIO *de iudiciis* II c. 28 ¹⁾ aveva divinata l'esistenza di questa legge anteriore e dietro a lui molti scrittori l'avevano ammessa.²⁾ Confronta *Auct. ad Herenn.* 1, 12, 22; CICERO *de invent.* 1, 8, 11; *Verr.* 1, 13, 39; II, 1, 4, 11; 5, 12; 3, 72, 168; 76, 177; *pro Cluent.* 34, 94; 53, 147; *pro Murena* 20, 42 etc. Se la data della nostra legge è stata più sopra esattamente determinata la *lex peculatus* romana, di cui le 6 linee ci conservano il ricordo sarebbe anche anteriore ad una *lex Cornelia*, che forse fu emanata in tale materia.

Passando alle particolari espressioni, che richiamano la nostra attenzione in queste prime linee, noterò che la forma per *litteras publicas* (linea 3), nel senso di documenti specialmente di contabilità, trova riscontro nella legge di Genetiva capo 81 linea

1) Opp. Mediol. 1736. V col. 800 segg.

2) Come p. es. HEINECCIUS. *Antiq. rom* IV. 18 §. 71 (ed. Mühlenbruch 1841 p. 795) REIN *Criminalrecht* p. 674 e in PAULY *Real-Encycl. d. class. Alterth.* v. *peculatus* V p. 1268; WALTER *Gesch. d. röm. Rechts* ³ II § 813 p. 471; GEIB *Lehrb. d. deutschen Strafrechts* I. §. 10 p. 51; ZUMPT *Criminalrecht* II, 2, 78 segg.; LANGE *Allerth.* III² p. 166.

22 ed in Cicerone *pro Quinct.* 11, 38; *Verr.* II, 4, 12, 27; 5, 22, 56¹⁾.

Inoltre è da osservare che la formula *petitio exactioque esto* con- (linea 6) è essa pure segno che la legge è piuttosto antica, e ci ferma nella corretta terminologia. Infatti *petitio* (v. anche l. 35) è la parola propria ²⁾ ed essa sola si trova nella *Mamilia* c. 54, come nella tavola di Eraclea lin. 19. 97. 107. 125. 141; mentre nella parola *lex Coloniae Genetivae*, almeno nel testo quale ci è pervenuto, si ha *petitio* nei capi 97 e 61, ma in questo ultimo poi relativamente ai magistrati si aggiunge *exactio indicatioque*, nei capi 74. 75. 81. 82. 92. 93. 97. 104 si ha *petitio persecutioque*, nel capo 73 *petitio persecutio exactioque*; nei capi più recenti 125. 126. 128. 129. 130. 131. 132 si ha la forma sovrabbondante *actio petitio persecutioque ex h. l. ius potestasque esto*. Nelle leggi *Salpensana* c. 26 e *Malacitana* c. 58. 62. 67 si trova pure *actio petitio persecutio*. Per la storia di queste inutili ridondanze è degno d'attenzione, che mentre nella *lex Mamilia* capo 54 si ha solo *petitio*, nella *lex Genetivae* capo 104 in una disposizione corrispondente a quel capo della legge *Mamilia* si ha *petitio persecutioque* e più tardi *Callistrato* nella l. 3 D. de term. moto 47. 21, riferendosi a simili disposizioni della legge agraria di Cesare, usa le parole *actionem petitionem*.

In quanto ad *exactio*, che si legge pure nella linea 6 della nostra tavola, veggansi *lex latina tab. Bantinae* linea 9, *lex Mamilia* c. 55, *lex Col. Genetivae* c. 61. 73, *lex luci Spoletini* linea 17.

La disposizione contenuta nelle linee 7-14 della prima colonna della nostra tavola si riferisce alla *cautio praedibus praediisque* dei primi magistrati del municipio allora costituito. Parecchi punti particolari sono qui degni di nota.

Le parole *IIII vir[ei] aedilesque* (linea 7) non debbono farci credere che in Taranto vi dovessero essere quattro quattuorviri oltre gli edili; noi troviamo più oltre nella linea 14 della legge stessa: *comitia duovireis aedilibusve rogandeis*, nella linea 39 la espressione *IIII vir II vir aedilisve*, e nella linea 44 *duovirum*. Questa oscillante terminologia della legge può forse spiegarci la

1) Per la sostanza vedi pure l. 12 (10) pr. D. ad leg. Jul. pecul. 48, 13. Confr. pure l. 10 (8) § 1 eod.

2) Vedi *lex Acilia* linee 3. 4. 41; confr. BRUNS *Popularklagen* nella *Zeitschr. f. R. G.* III p. 387 e *Kleinere Schriften* I p. 352.

varietà anche altrove spesso notata ¹⁾ e ritenuta come eccezione ad una regola.

A me pare che la regola, per cui i *IIII viri* sono propri dei municipi, i *II viri* delle colonie non debba prendersi troppo rigorosamente. Basta una scorsa data al CIL. per vedere come sia frequente negli stessi luoghi la denominazione mista di *IIII viri* e *II viri*. Il supporre una mutazione da municipio a colonia o viceversa è il più delle volte sforzato e inaccettabile. Più probabile è ammettere un uso, secondo il quale gli stessi magistrati ora si consideravano pertinenti al più numeroso collegio dei *IIII*, ora al più ristretto dei *II*, senza una costante regola giuridica. — Tra i molti esempi, istruttivo è quello che si può trarre dalle due iscrizioni pompeiane relative a Cuspio e Loreio, CIL. X n. 937. 938.

Per la forma *quei h. l. primei erunt* deve riscontrarsi la legge di Genetiva capo 69: *II viri qui post coloniam deductam primi erunt*; confr. pure il capo 70 della stessa legge e il capo 26 della legge Salpensana.

Notevoli sono le espressioni delle linee 7. 8: *quei eorum Tarentum venerit is in diebus XX proximeis quibus post hanc legem datam primum Tarentum venerit*, le quali fanno pensare ad una nomina fuori di Taranto dei primi magistrati del municipio tarantino, da parte dello stesso delegato alla costituzione del municipio.

Ho già più sopra detto che ciò può parere alquanto singolare, trattandosi della trasformazione in municipio romano di una antica città greca, mentre questa venuta dal di fuori dei primi magistrati sembrerebbe piuttosto conveniente alla costituzione d'una colonia. Applicando qui l'ipotesi testè esposta dal De Petra, alcuno potrebbe forse attribuire anche questa formula ad uno schema generale fatto per la costituzione tanto di municipi, quanto di colonie. Ma si può ben anco ritenere che i primi magistrati comunali nominati dal costituente si trovassero fuori di Taranto e forse anche a Roma.

1) Confr. MARQUARDT *Staatsverwaltung*. I² p. 152 seg. — Il DE PETRA crede che il cumulo delle due designazioni possa dipendere dallo schema generale fatto per municipii e colonie.

La disposizione contiene in sostanza per i primi magistrati ciò, che per gli ulteriori è ordinato nelle linee 14-20; così anche nella legge Salpensana capo 26 si parla insieme dei primi e degli ulteriori magistrati.

Le parole *qui pro se praestat* della linea 9 accennano alla garanzia da prestarsi dai magistrati. Conf. circa questo *praestat* o *praestat* VARRO *de l. l.* 5, 40; FESTUS *ep.* v° manceps (P. 151).¹⁾

Relativamente alla forma (linea 9) *facito... praedes praediaque... det* si veggia la legge Acilia linea 57. — Notevole parmi la forma *ad IIII vir. det*: in generale si trova in simili casi usato il dativo invece dell'*ad* coll'accusativo, e in questa stessa legge si ha il dativo nella linea 13.

L'obbligo dei magistrati di dare cauzione per la propria amministrazione fu dal MOMMSEN *Stadtrechte* p. 420, posto in dubbio per il tempo della repubblica. La nostra legge ci dimostra che almeno nell'ultimo secolo della repubblica quest'obbligo esisteva.

La cauzione *rem publicam salvam fore*, com'è chiamata nei testi giustinianei²⁾, che nella legge Malacitana capo 57 è detta *de pecunia communi* e nel capo 60 lin. 32-34 è formulata "*pecuniam communem eorum* [sc. municipum], *quam in honore suo tractaverit salvam is fore*, nella nostra legge è riferita con una formula più particolareggiata (lin. 10-13, confr. lin. 17-20), che comprende anche l'obbligo di render conto al Senato municipale.

Nella legge latina Bantina lin. 14 segg. e poi nelle leggi municipali di Salpensa (capo 26) e di Malaga (capo 59) noi troviamo, che dai magistrati e da coloro, che chiedono le magistrature, si esige anche un giuramento di osservare rettamente le leggi.³⁾ Di tale giuramento non è fatta menzione nei frammenti della nostra legge; ciò non esclude, che forse in altri capi il giuramento non fosse richiesto; ma è tuttavia da notare, che la disposizione

1) Vedi per la sostanza IHERING *Geist des röm. Rechts* 4 ed. (1880) vol. 3 part. 1, pag. 192 segg. nota 240 a, e prefazione pag. XII — XXVII. Se la scrittura della nostra tavola fosse più certa, nè vi fosse da temere un errore dell'incisore, le argomentazioni dello IHERING vi troverebbero un importante appoggio.

2) L. 3. i. f. D. de pec. 15, 1; l. I pr. § 17 de mag. conv. 27, 8; l. 2 § 5 ad mun. 50, 1; l. 17 § 15 cod.

3) Confr nella *lex Col. Genetivae* cap. 81 il giuramento richiesto ai contabili.

contenuta nelle linee 14-20 è tanto simile all'insieme dei capi 59. 60 della legge Malacitana ¹⁾, i quali impongono l'obbligo di giurare prima dell'obbligo di dare cauzione, che, se il giuramento fosse stato ordinato anche dalla legge tarentina, sarebbe probabilmente stato disposto appunto prima o in quelle linee, le quali invece parlano solo di *cautio praedibus praediisque*.

L'obbligo del magistrato, cui la cauzione è data, di iscriverla in *tabuleis publicis*, linea 13-20 ²⁾, corrisponde perfettamente a quanto troviamo in altre leggi a proposito di simili disposizioni, come, per esempio, nella legge latina della tavola Bantina linee 21. 22. 30; nella legge Acilia linea 58; nella legge Agraria linea 46, nella legge di Genetiva capo 131 linee 1. 3. 10. ³⁾

L'obbligo del magistrato che tiene i comizii (linea 14 e segg.) di far prestare cauzione da coloro che domandano le magistrature, prima che sia proclamato il voto della maggior parte delle curie, ha riscontro della legge Malacitana capo 57 linee 54-58 ⁴⁾.

Le linee 51-25 si riferiscono al rendimento dei conti al Senato municipale, imposto a tutti coloro, che hanno gerito i pubblici negozi. Un confronto si può trovare nelle disposizioni della legge di Genetiva capo 80 concepite in modo molto simile, e della legge Malacitana capo 67 più differenti nella forma.

Riguardo al *gerere* confr. l. 2 § 1 D. ad munic. 50, 1 (Ulp): *Gestum autem in republica accipere debemus pecuniam publicam tractare sive erogandam decernere*.

Le linee 26-31 della tavola contengono un'importante disposizione relativa ai membri del senato municipale, i quali debbono avere entro il territorio del municipio Tarentino un edificio di non meno che 1500 tegole. Contro coloro, che mancassero a tale obbligo, è comminata la pena di 5000 sesterzii l'anno. Questa disposizione nella sostanza è simile a quella del capo 91 della legge di Genetiva, che impone al decurione, all'augure, e al pon-

1) Confr. cap. 57: *cum hac lege iuraverit caveritque*.

2) Circa queste *tabulae publicae* (libri pubblici) confr. pure *Lex Col. Genet.* c. 81.

3) Confr pure i seguenti passi i quali però contengono disposizioni meno simili alla nostra nella sostanza: *lex Acilia* linee 15. 25. 27; *lex agraria* linee 70; tavola di Eraclea linee 14. 15. 148. 149. 155; *lex Col. Genet.* cap. 91, linea 6, capo 130 linee 40, 47, 48.

4) Confr. pure capi 59. 60.

tefice di avere *domicilium in eam coloniam oppido propiusve it oppidum passus* ∞.... *unde pignus eius quot satis sit capi possit*; ove è da osservare che *domicilium* deve significare *domus*, come si poteva già desumere dal confronto col capo 98 linee 33. 34 *qui in ea colonia intrave eius coloniae fines domicilium praediumve habebit*.

Il precetto della legge aveva due scopi: di assicurare la permanenza dei decurioni nel municipio, ¹⁾ e di avere una certa garanzia ²⁾, per la quale soleva anche richiedersi un determinato censo.³⁾ Il risultato vero era di tenere l'amministrazione municipale occupata dalla classe più facoltosa.

Degna di nota è la misura della casa secondo il numero delle tegole, della quale però, come mi fa osservare il chiarissimo De Petra, ci fornisce un altro esempio il capo 76 della legge di Genetiva: *Figlinas teglarias maiores tegularum CCC*, che il Mommsen riferiva invece alla produzione di non meno di 300 tegole.

Non isfuggerà ad alcuno l'interessante disposizione delle linee 29-31 diretta a punire gli acquisti di case fatti in frode della legge, cioè compre e mancipazioni simulate ovvero fatte *fiduciae causa*.

La proibizione di demolire in tutto o in parte gli edifici, che si legge nelle linee 32-38, ci era già nota per la legge di Genetiva capo 75 e per la legge Malacitana capo 62. ⁴⁾

Riguardo alla lettura della linea 33 richiama la nostra attenzione la clausola *quod non deterius restitutus sit* felicemente letta, dopo molte difficoltà, dal chiarissimo prof. G. GATTI.

A quanto si trova nelle due leggi poc'anzi citate la nostra aggiunge anche nelle linee 35-38 la determinazione dell'uso del

1) Confr. l. 1 D. de decur. 50, 2.

2) La proprietà di una casa per garanzia si trova anche molto più tardi e ad altro scopo richiesta in una costituzione di Arcadio ed Onorio, l. 36 C. Theod. de fund. patr. 5, 13.

3) Confr. CICERO *Verr.* II, 2, 49, 120. 122: PLINIUS *epist.* I, 19, 2 etc. Vedi MARQUARDT *Staatsverwaltung* I² pag. 180.

4) Confr. per la sostanza di queste disposizioni BACHOFEN *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts* pag. 185 e segg.; MOMMSEN *Stadtrechte* pag. 480 segg. e commento alla legge Ursonense in *Ephemeris epigraphica* III p. 111; DE RUGGIERO, *dizionario epigrafico* I p. 203 segg.

denaro ritratto dalla penalità. Per il *consumere pecuniam in ludeis* veggasi anche la legge di Genetiva capi 70. 71.

Nelle linee 39-42 noi ritroviamo relativamente ai poteri dei magistrati circa le vie, fosse e cloache precisamente la medesima disposizione, che ci è data nel capo 77 della legge di Genetiva. La nostra legge però dimostra che il principio di quel capo 77 deve correggersi leggendo *si quas* invece di *si quis*. D'altra parte nella linea 41 della nostra legge manca, dopo *sine iniuria*, la parola *privatorum*, che si trova nella Ursonense. Anche qui si riscontra la menzione del *IIII vir* accanto a *II vir aedilisve* come ho notato a proposito della linea 7.

Maggiore novità, come già più sopra ho avuto luogo di ricordare, presenterebbe certamente il capitolo, del quale alla fine della colonna ci sono conservate le due prime linee; ma così monco com'è, esso non può intendersi in modo sicuro, nè mi pare che sia qui il luogo di mettere innanzi congetture prive di base sufficiente.¹⁾

Terminate in tal modo le brevi osservazioni speciali sopra ciascun capitolo chiuderemo queste note osservando, che lo schema generale delle leggi municipali si è mantenuto per secoli senza grandissime variazioni, sicchè al tempo di Domiziano si hanno capitoli perfettamente simili a quelli di una legge di poco meno di un secolo prima di Cristo. Ciò dimostra che la somiglianza esisteva non solo fra le leggi date in una medesima occasione e in base al medesimo schema, ma anche fra i diversi schemi dei varii tempi. Questo c'insegna ad andare assai cauti nel determinare l'identità di una legge sul fondamento di poche frasi di essa.²⁾

VITTORIO SCIALOIA

1) Notevole è il termine del sessennio che è molto raro nel diritto romano. In questo momento io ne rammento solo tre esempi, i quali non pare abbiano neppure alcuna analogia col caso nostro e sono la legge Visellia (Ulpiano 3, 6.) e in tempi molto posteriori una costituzione di Onorio e Teodosio, che forma la l. 171 C. Theod. de decur. 12, 1.

2) Ora è da riscontrare anche lo scritto citato del DE PETRA sulla nostra legge tarentina.

Sulla l. 3 § 2 D. quibus modis ususfructus amittitur VII, 4.

ULPIANUS *libro XVII ad Sabinum*. Idem Papinianus quaerit, si Titio et Maevio usu fructu legato in repetitione usus fructus non totum sed partem Titio relegasset, an viderentur coniuncti. et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio adcrecere: quod si Maevius amisisset, non totum adcrecere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. quae sententia habet rationem: neque enim potest dici eo momento, quo quis amittit usum fructum et resumit, etiam ipsi quicquam ex usu fructu adcrecere: placet enim nobis ei qui amittit usum fructum ex eo quod amittit nihil adcrecere.

Il dottor Carlo Arnò, in un diligente studio sul responso di Papiniano riferito in questo frammento (*Archivio giuridico* v. LV f. 3-4), lo spiega così: se di due collegatari dell'usufrutto all'uno, a Tizio, viene relegata una parte, per esempio la metà, per il caso che venga a perdere la porzione acquistata, verificandosi il caso della ripetizione essi continuano ad esser congiunti e ad aver diritto al reciproco accrescimento, ma non si trovano fra di loro nello stesso rapporto, in cui erano posti dalla prima vocazione, perchè non sono più chiamati entrambi del pari all'intero usufrutto; e quindi, concorrendo entrambi, a Tizio toccherà un terzo, all'altro, Mevio, due terzi; mancando nuovamente Tizio, Mevio acquisterà l'intero; mancando Mevio, Tizio acquisterà quel-

la metà che è stato impedito di acquistare tutta per il concorso di Mevio, ma non oltre, e la metà restante si consoliderà colla proprietà.

Io convengo in questa interpretazione, ch'è, se non erro, la stessa data al responso dall'Heimsoeth (*de usufructu adcrecendo ex iure Roman.* p. 45), e riconosco ora che, nel caso di concorso, il riparto deve esser fatto proporzionalmente al rapporto della metà coll'intero. Non mi pare inutile di dare la giustificazione di questa tesi, per la quale l'Arnò si limita ad un richiamo delle l. 80 D. *de leg.* 1^o, 41 D. *de leg.* 2^o e 23 C. *de leg.* VI, 37.

Nel mio trattato *Dell'usufrutto* (vol. I p. 373) avevo affermato che fra due legatari, chiamati l'uno ad una parte, l'altro all'intero, la parte debba essere egualmente divisa, la rimanenza spetti interamente al secondo; ritenendo che questa distribuzione soltanto corrisponda alla congiunzione reale limitata alla parte lasciata al primo e compresa nel lascito al secondo (cf. Cuiacio *Comm. ad tit. 37 C. de leg.* ad l. 23, ed. Prato v. IX c. 1240). Persisto nella convinzione ivi (p. 365, 372) espressa, che l'ordinamento del diritto d'accrescere non si possa indurre dall'*intenzione* manifesta o presunta del testatore; dipende certo esclusivamente dalla *volontà* sua di ordinare una vocazione, che apra la via ai legatari di estendere il loro acquisto, se i conchiamati vengono a mancare; ma se la vocazione, ch'egli ha *posto in atto*, non è di tale natura, tutti i benefici ulteriori ch'egli abbia avuto l'intendimento, di assicurare ad essi, non possono pretenderli in forza di quella, e non possono trasmetterli, se l'eventualità a cui il testatore li ha subordinati si verifica dopo la loro morte, ai propri eredi. Che la vocazione, da cui deriva la possibilità dell'accrescimento sia quella soltanto per cui più son chiamati a ricevere la stessa cosa, non è la formulazione astratta del risultato a cui porta l'esperienza nella ricerca dell'intenzione del testatore, ma la conseguenza logica, che trae il diritto oggettivo dal rapporto fra la delazione e l'acquisto del legato: non è una dipendenza del primo acquisto, e quindi non è trasmissibile agli eredi, quello che non è compreso nella vocazione che costituisce il fondamento del primo acquisto. È quindi da escludere che il testatore possa arbitrariamente modificare le condizioni della vo-

cazione, da cui deriva l'accrescimento, e in ispecie riservare l'accrescimento ai legatari, fra i quali egli stesso ripartisce l'oggetto della liberalità. Fra la vocazione solidale e la vocazione parziale non vi è una via di mezzo: se Tizio e Mevio son chiamati a ricevere un fondo od una somma nel rapporto di uno a due, o Tizio a ricevere la metà di quanto tocca a Mevio, questo equivale perfettamente al lascito di un terzo a Tizio, di due terzi a Mevio, e dato il limite determinato della delazione, non può l'uno approfittare della caducità del legato fatto all'altro in forza del diritto di accrescimento, sebbene possano esservi chiamati entrambi mediante un distinto atto di volontà del testatore, che prenda la forma di una sostituzione reciproca.

Io seguitavo a ragionare così: se dalla vocazione solidale si deduce il diritto di accrescere, inversamente dall'ammissione del diritto di accrescere si deve inferire l'esistenza della vocazione solidale; poichè è ammesso l'accrescimento fra due legatari chiamati a ricevere l'uno una parte del fondo, l'altro il fondo (così chiaramente almeno nel frammento, che esaminiamo), forza è riconoscere, che ai due legatari è attribuito uno stesso tutto, e questo stesso tutto non può esser che la parte lasciata al primo e compresa nel lascito fatto al secondo, il quale si deve ritenere chiamato a ricevere quella parte insieme al primo, e conseguentemente a ripartirla con lui in porzioni eguali, se entrambi concorrono, e il resto da solo. Vedo ora, che in quest' argomentazione vi è uno spezzamento arbitrario del legato dell'intero fondo, e che questo non deve essere scisso in due distinti legati, della parte lasciata all'altro legatario, e della rimanenza di cui non si è altrimenti disposto, ma va interpretato e applicato come legato unico dell'intero fondo. Dal che consegue, che quando i due legatari concorrono, non è alla parte lasciata al primo che deve rostringersi il concorso, e non v'ha luogo alla divisione di questa in quote eguali, ma è il rapporto esistente fra i due chiamati che dev'essere preso in considerazione, per determinare qual'è la misura dell'impedimento, che arreca la presenza dell'uno all'efficacia integrale della vocazione dell'altro. Questo non esclude che fra di essi sussista il diritto di accrescimento, per la ragione che la distribuzione in parti proporzionali non è effettuata dal testa-

tore, ma è la conseguenza del concorso; la parte infatti, che vengono a raccogliere se concorrono entrambi, è diversa e minore di quella, che è stata assegnata dal testatore.

La stessa decisione vale per tutti i casi in cui sono lasciate diverse quote, o diverse quantità assolutamente determinate, la somma delle quali eccede l'intero. Tizio abbia il terzo, Caio il quarto, Mevio la metà del fondo; lascio, delle azioni che posseggo, trenta a Tizio, venti a Caio, dieci a Mevio, e si riscontra che le azioni relitte non sono che trenta (cfr. Marc. 80 D. *de leg.* 1°). In questi casi è impossibile da un lato nel caso di concorso un riparto diverso dal proporzionale, dall'altro lato è impossibile senza mutilare la volontà del testatore escludere, che caducando l'una vocazione, le altre debbano *tendere ad acquistare integrale efficacia*, e apparisce anche meglio, come la divisione in parti diseguali non sia inconciliabile col diritto di accrescimento, sempre che le parti non coincidano, ma sieno semplicemente proporzionali a quelle assegnate dal testatore. Con altre parole, e per conformare questa conclusione alla terminologia delle fonti romane ed anche del codice italiano, vi è *coniunzione reale* fra i legatari, quante volte le porzioni ad essi assegnate eccedono l'intero, perchè fra queste porzioni vi è necessariamente una parziale identità; l'assegnazione di porzioni eccedenti l'intero, e nelle quali però non può esser di fatto diviso l'intero, non ha il carattere e il valore di una *distribuzione di parti*, ma della fissazione di un criterio per la divisione nel caso di concorso; la fissazione di questo criterio non altera e non restringe la portata delle singole vocazioni, e lascia aperta la possibilità della loro variazione, nei limiti della differenza fra il valore, che hanno secondo la disposizione testamentaria, e quello, a cui sono ridotte nel caso di concorso.

Diventa agevole di spiegare con un' applicazione di questo principio la vessata l. 41 *de leg.* 2.º: se è lasciata la metà a Mevio, la metà a Seio, l'intero a Tizio, non è vero, come molti interpreti hanno sostenuto, che Mevio e Seio sieno chiamati a ricevere cose diverse, e non v'è bisogno quindi di arrampicarsi sugli specchi, per giustificare il loro reciproco diritto d' accrescimento; o, cercando nella forma del periodo una particolare maniera di congiunzione

verbale (cf. Cuiacio *Comm. in l. XXXI Dig.* ad h. l., ed. Prato v. VII c. 1862; Ruggieri *Diritto di accrescimento* pag. 83 segg.), di riescire a quella impossibilità logica, che sarebbe la volontà di determinare l'accrescimento fra i chiamati a cose diverse. Le due metà sono cose diverse; ma se il testatore non lega solo separatamente le due metà, ma e le due metà e l'intero, lega delle cose parzialmente identiche a tutti tre i legatari; non distribuisce fra di essi le parti dell'intero, perchè le due metà e l'intero non sono evidentemente parti dell'unità; opera quindi una congiunzione reale, stabilendo in pari tempo un criterio per la divisione ineguale nel caso di concorso. Per fare una distribuzione di parti nella stessa misura, si dovrebbe chiamare Tizio a ricevere il doppio di Mevio, il doppio di Seio: in questo caso Mevio e Seio riceverebbero un quarto ciascuno, Tizio una metà, e in nessun caso di più, vengano soli o concorrano nell'acquisto. Per separare Mevio da Seio e congiungere entrambi con Tizio, converrebbe lasciare a Mevio la metà, a Seio l'altra metà, a Tizio non l'intero, ma la metà stessa assegnata a Mevio più la metà lasciata a Seio (congiunzione reale), o a Mevio e Tizio la metà, a Seio e Tizio l'altra metà (congiunzione mista); e allora sì della caducità del legato di Seio non verrebbe a profittar Mevio, ma solo Tizio, e mentre nel concorso di tutti tre riceverebbero Mevio un quarto, Seio un quarto, Tizio una metà, mancando Seio, Tizio otterrebbe tre quarti. La disposizione interpretata nella l. 41 dà luogo a questo stesso riparto, se tutti tre concorrono; ma se Seio manca, viene a cessare anche a profitto di Mevio l'impedimento che reca il concorso di quello, non a che abbia integrale efficacia la sua vocazione, ma a che ottenga quell'estensione, che le può venir attribuita proporzionando la sua alla vocazione di Tizio, e Mevio otterrà un terzo, Tizio due terzi; come naturalmente, mancando anche Tizio, Mevio integrerebbe l'acquisto della metà, mancando Mevio, Tizio integrerebbe l'acquisto di tutto il fondo. È poi recisamente da escludere, che la porzione di Mevio possa ottenere quella maggiore estensione soltanto quando Seio sia premorto al testatore (Windscheid § 644 n. 13), e non anche quando per qualunque altro motivo la sua vocazione sia caduca; mentre quegli stessi scrittori, che per un concetto erroneo, a mio avviso, del

diritto di accrescimento lo restringono al caso che la delazione abbia avuto effetto, ammettono che sono analoghe all'accrescimento le conseguenze, a cui dà luogo la mancanza della delazione (Vangerow § 494).

Ancora un'avvertenza su questo punto. Io non credo, che la l. 23 C. *de legatis* abbia portato una tale modificazione ai principi fermati nella giurisprudenza classica, da impedire in un caso come quello della l. 3 D. *quibus modis ususfr.* che la ripetizione parziale del legato dia luogo, concorrendo il relegatario col legatario dell'intero, alla divisione proporzionale del legato (come pare che pensi il Vangerow § 554, 1, in opposizione a quanto altrove - § 449, 3, I, B - afferma sulla compatibilità dei principi del Digesto con quelli della l. 23). Prima di tutto, la nuova regola di interpretazione recata dalla l. 23 ha valore soltanto quando il legato di parte segue e non precede il legato dell'intero; e il relegato a Tizio, nell'ipotesi del responso di Papiniano, precede il legato a Mevio. In secondo luogo, per la natura di legge interpretativa che ha la costituzione di Giustiniano, cessa la sua autorità quante volte risulti evidente nella disposizione separata con cui è legata la parte, l'intendimento di confermare il legato dell'intero. Ora, in nessun caso questo intendimento risulta più chiaro di quello che, sia nella l. 3; perchè, ripetendo solo parzialmente il legato a favore di Tizio, il testatore non può aver voluto esporre Mevio ad acquistare, in conseguenza del concorso di lui, meno di quanto doveva ottenere, perdurando l'effetto della vocazione originaria di Tizio nell'intero.

Il principio svolto ha valore, a mio credere, anche sotto l'impero del diritto vigente; e mentre, tanto per i legati quanto per le istituzioni a titolo universale, se ne avrà l'applicazione praticamente più importante nel caso, che un'erronea valutazione della entità dell'asse porti il testatore a fare ai legatari ad agli eredi assegnazioni di quantità assolutamente determinate che superino l'asse, (assegnazioni, per gli eredi, che si possano interpretare come prelegati sopraordinati ad una tacita assegnazione di quote; v. il mio *Usufrutto* v. I p. 282), ne risulta, che anche intenzionalmente si può dal testatore disporre un riparto ineguale, lasciando aperto l'adito alla variazione delle quote secondo le

diverse ipotesi di concorso dei conchiamati: nella vocazione in quote eccedenti l'intero, in proporzione delle quali avviene il riparto, si ha anzi il mezzo di realizzare l'attribuzione di quote *variabili, ma in rapporto costante*, qualunque sia il numero dei concorrenti.

Venendo ora alla questione, che forma propriamente oggetto dello studio dell'Arnò, io non credo inconciliabile la proposta interpretazione del responso Papiniano colla motivazione, che nel frammento apparisce aggiunta da Ulpiano. La decisione di Papiniano porta in sé la propria giustificazione: al relegatario Tizio si accresce una parte sola dell'usufrutto, perchè nel relegato è congiunto per una parte sola con Mevio. L'aggiunta di una motivazione ulteriore può parere superflua; se, come ritiene l'opinione comune, il principio, a cui risale Ulpiano per dare questa motivazione, fosse l'esclusione del collegatario dell'usufrutto, che ha perduto la parte sua dalla possibilità di riacquistarla, quando si verifica a suo profitto l'accrescimento, l'aggiunta sarebbe assolutamente incoerente. La limitazione dell'accrescimento è qui infatti una conseguenza del relegato, e non si può cercarla nella condizione giuridica che fosse stata fatta a Tizio dalla sua perdita, anteriore alla ripetizione, poichè in forza appunto della ripetizione questa condizione è venuta a modificarsi. Mancherebbe dunque il nesso fra il responso e la proposizione: *placet enim nobis ei qui amittit usum fructum ex eo quod amittit nihil accrescere*, che secondo l'opinione comune contiene la formulazione astratta di quel principio; e altrettanto inesplicabile sarebbe l'inciso: *neque enim potest dici eo momento, quo quis amittit usum fructum et resumit etiam ipsi quicquam ex usu fructu accrescere*, dal quale pure risulta che si dà peso al fatto della perdita di Tizio, ad un fatto anteriore alla ripetizione. Di qui la necessità, per chi trova nell'ultima proposizione affermato il principio che non si possa riacquistare per accrescimento la parte perduta, di dare un'interpretazione diversa al responso. L'Arnò si sbarazza delle difficoltà, che oppone l'aggiunta di Ulpiano all'interpretazione che si presenta ovvia, considerando isolatamente il responso, con un metodo assai radicale. Egli attribuisce all'ignoranza di un supposto interprete di

Ulpiano il richiamo fuor di luogo della regola sulla esclusione del riacquisto della parte perduta e la pessima formulazione della regola stessa nell'inciso *neque enim*; ad una svista dei compilatori del Digesto l'aver conservato questo glossema come parte integrante del testo d'Ulpiano, e l'aver ripetuto a chiarimento un'altra formulazione della stessa regola, senza avvertire la nessuna attinenza col rapporto regolato dal responso Papiniano.

Io comincio col negare la *necessità logica* della regola, che il collegatario dell'usufrutto non possa per diritto di accrescimento riacquistare la parte anteriormente perduta. La parte di usufrutto che uno dei collegatari ha perduta si viene a confondere colla porzione degli altri collegatari, e la presenza e l'attività di questi rende non solo possibile, ma necessario, fino al momento in cui alla loro volta vengano a perderla, che sia conservata come diritto distinto di fronte alla proprietà. Si spiega agevolmente, d'altronde, il riacquisto per parte dell'usufruttuario della stessa parte perduta, se si considera che la vocazione solidale di più nell'usufrutto viene a determinare l'estensione dell'onere, che questo arreca alla proprietà indipendentemente dalle condizioni del concorso fra conchiamati, e a restringere pertanto nella cerchia dei rapporti, che si formano fra di questi, l'alternazione dei vantaggi patrimoniali contenuti nell'usufrutto. Nego, in secondo luogo, che la proposizione *placet enim nobis*, con quel che segue, contenga una non equivoca affermazione di quella regola; già perchè è espresso al tempo presente il fatto della perdita che, dando alla proposizione quel significato, dovrebbe riferirsi ad un tempo anteriore all'accrescimento. Se si è ammessa su così debole fondamento la esclusione del riacquisto della parte perduta, è soltanto perchè è parsa una conseguenza naturale della perdita, mentre è la conseguenza opposta che a rigor di logica va dedotta dal principio, che la perdita non toglie la capacità di profittare dell'accrescimento.

Ma l'unico appoggio testuale che troverebbe quella regola nella proposizione citata è completamente rimosso, se invece di interpretarla isolatamente, la si pone in rapporto col responso di Papiniano e col resto del passo.

A me sembra che appunto per non esser limitato il diritto d'accrescimento fra coudfruttari alla parte diversa da quella perduta, si possa spiegare la ragione dell'aggiunta fatta da Ulpiano al responso. Per vero, se all'unica vocazione solidale di Mevio e di Tizio nello stesso usufrutto, e all'acquisto del diritto in parti eguali determinate dal concorso di entrambi i chiamati, seguisse la perdita della parte d'usufrutto toccata a Tizio per diminuzione di capo, per rinunzia o per non uso, questa si accrescerebbe a Mevio, e se posteriormente Mevio stesso venisse alla sua volta a perdere per diminuzione di capo, per rinunzia o per non uso l'usufrutto integrato nelle sue mani, Tizio in virtù della precedente delazione verrebbe egli ad acquistare la parte di Mevio, quando avesse conservato la capacità di profittare della delazione e quindi dell'accrescimento, quando dunque non fosse *capite minutus*, sebbene non fosse ripetuto a suo vantaggio il legato. E non la sola parte toccata originariamente a Mevio, ma anche quella ch'egli stesso ha precedentemente perduta e che per diritto d'accrescimento è venuta a confondersi colla parte di Mevio.

Ora apparisce veramente singolare a primo aspetto, che mentre quest'acquisto integrale dell'usufrutto per una parte sola acquistato e perduto può avvenire quando non vi sia ripetizione nè parziale nè integrale del legato, la ripetizione parziale, colla quale indubbiamente il testatore ha mostrato di voler meglio assicurare il vantaggio patrimoniale dell' onorato, riesca a privarlo dell' accrescimento, a cui senza la ripetizione avrebbe diritto. Non però si può dire che venga tolta alla ripetizione ogni utilità, poichè per chi perde colla diminuzione di capo la capacità di profittare della prima delazione, e quindi dell' accrescimento, è soltanto il rinnovarsi della delazione, che rende possibile di godere in misura più o meno estesa dei vantaggi del legato. E la singolarità di questo risultato è una conseguenza logica dell'*indipendenza* della nuova delazione, contenuta nella ripetizione, dalla delazione precedente: se non venisse dato dalla ripetizione un nuovo fondamento giuridico all'acquisto, essa non gioverebbe al *capite minutus*, e in nessun caso assicurerebbe immediatamente al chiamato una parte almeno di quanto è venuto a perdere; ma non si potrebbe considerare dato all'acquisto un fondamento

nuovo, se alla ripetizione dovesse sopravvivere qualunque effetto della prima delazione. Anche per chi ha perduto per non uso o per rinuncia la parte d'usufrutto raccolta concorrendo con un altro legatario, si deve considerare condizione del riacquisto conseguente alla ripetizione parziale l'abbandono della posizione giuridica stabilita dalla prima delazione, e la privazione della prospettiva di una più estesa, ma eventuale utilità, conseguente alla possibile perdita del collegatario.

Mentre dava il conforto della sua autorità al responso Papiniano, ad Ulpiano si affacciava l'obbiezione, se questo *effetto riflesso* della ripetizione parziale non dovesse venir eliminato per un'altra via, in forza di un'estensione legale che la facesse coincidere col contenuto della prima delazione. Non vi è traccia che precisamente questa dottrina sia stata propugnata, ma è facilmente spiegabile come Ulpiano potesse immaginarla e reputasse utile di combatterla, quando si ricordano le opinioni abbastanza bislacche, che erano state emesse in ordine all'estinzione parziale dell'usufrutto. Come ci attesta il § 75 dei Frammenti Vaticani, Sabino aveva sostenuto la tesi, che il legatario dell'usufrutto d'un fondo, cedendone *in jure* una parte al proprietario, dovesse immediatamente riacquistarla. Probabilmente egli credeva di dover considerare come invariabile l'onere dell'usufrutto spettante ad un solo usufruttuario, nel modo stesso che per comune consenso si era venuti a considerare indipendente dalle variazioni nel concorso di più chiamati l'alterazione patrimoniale, che l'usufrutto reca alla proprietà, al fine di assicurare gl'intenti economici presiedenti alla costituzione di questo diritto. Come il peso dell'usufrutto non può diminuire, se uno solo dei conchiamati a raccoglierlo sopravvive, così probabilmente egli voleva, che persistesse nella estensione primitiva ad aggravio della proprietà, quando vi fosse un solo investito, e questi non volesse spogliarsi totalmente del suo diritto. Quantunque per questa via si potessero evitare, con vantaggio dello stesso proprietario, le difficoltà di regolare le conseguenze della rinuncia parziale, in ordine alla determinazione della responsabilità per la custodia e per le riparazioni, la tesi non fu e non doveva essere accettata (per la perdita parziale dell'usufrutto v. Pap. 5 D. *de usufr.* VII,

1); e sebbene non sia tanto assurda, quanto l'hanno fatta gl'interpreti (come il Windscheid § 645 n. 4), i quali, dimenticando che Sabino parlava di un *usufructuarius fundi qui partem usus fructus in jure cessit*, gli hanno attribuito l'idea che per il fatto dall'usufruttuario non potesse andar mai perduto l'usufrutto, la costruzione prescelta da Sabino, che invece di proclamare inefficace la rinunzia parziale sosteneva il riacquisto della parte perduta: *et amittere partem et ipso momento recipere*, meritava l'epiteto di *stolida*, che le affibbiava Celso.

A significare questo riacquisto, poteva venir adoperato il termine *ad crescere*, quantunque non si trattasse della vicenda conseguente al concorso di più collegatari, come risulta dal passo di Pomponio¹ riferito nello stesso § 75 dei Frammenti Vaticani. Giuliano aveva deciso, che legato l'usufrutto al servo comune e ad un terzo, la parte perduta da uno dei condomini s'accrescesse all'altro. Pomponio, per combattere questa sentenza, confrontava la perdita dell'usufrutto fatta da uno dei condomini colla perdita di una parte dell'usufrutto di un fondo. L'usufrutto legato al servo comune è per ciascuno dei condomini un usufrutto limitato fin dall'origine alla parte domenicale, e la perdita sofferta dall'uno non va a vantaggio dell'altro condomino, ma, se vi è, del collegatario solidalmente chiamato, altrimenti del proprietario; anche considerando questo usufrutto come un diritto unico, è possibile la sua estinzione parziale, come se vi è un unico chiamato, alla perdita parziale non consegue il riacquisto per accrescimento della parte perduta: *nec enim magis socio debere ad crescere, quam debere* (sottinteso *ad crescere*) *ei, qui fundi habens usumfructum, partem ususfructus proprietario cessit vel non utendo amisit.*¹⁾

1) Qui non interessa di esaminare il valore della decisione di Giuliano, che, quantunque fosse da più parti vivamente oppugnata, si può probabilmente giustificare con ragioni diverse da quelle ch'egli adduce, considerando che dell'usufrutto legato al servo è il servo che deve *di fatto* avvantaggiarsi, e che però l'usufrutto non può andar perduto a danno del servo fino a che vi sia chi per mezzo di lui ne possa conservare la giuridica pertinenza (cfr. Ulp. 1 § 1 D. *de usufr. ad cresc.* VII, 2). Noto di passata che queste ragioni, addotte da Ulpiano, porterebbero ad una decisione contraria a quella che dà Giuliano per un altro caso, il caso della perdita parziale della proprietà del servo per mezzo

Ora nello stesso ordine d'idee per cui si escludeva l'effetto della rinunzia parziale, considerando conseguente ad essa il riacquisto della parte perduta, che da taluno si credeva di poter qualificare accrescimento, poteva darsi che si pensasse di *escludere, che avesse un effetto limitato la ripetizione parziale*, conseguente alla perdita totale dell'usufrutto; e che, come in quel caso non si ammetteva altra alternativa fra la conservazione e la perdita totale dell'usufrutto, così in questo si ritenesse, che se la ripetizione doveva aver un effetto, non potesse esser che di reintegrare l'usufruttuario perdente nella condizione giuridica fattagli dalla prima delazione. Che quindi alla ripetizione limitata dovesse seguire per necessità legale un'estensione; o, per tradurre questo pensiero nei termini usati da Pomponio per contestare l'inefficacia dalla parziale rinunzia, che dovesse *accrescersi* la parte del perdente della differenza fra la ripetizione e la prima vocazione. Questa e non altra è la tesi, che Ulpiano ribatte nell'aggiunta che fa al responso Papiniano.

Il ravvicinamento al § 75 dei Frammenti Vaticani è stato fatto per primo dallo Schlayer (*Archiv f. d. civ. Pr.* vol. LI p. 335), che pure per primo ha contestato la limitazione dell'accrescimento alla parte non perduta anteriormente da chi ne profitta; ma le considerazioni esposte escludono la necessità ch'egli ha trovato di modificare, per conciliarlo coll'argomentazione di Ulpiano, il contenuto del responso Papiniano, ed escludono del pari la necessità, ammessa anche dal Windscheid, di portare qualche modificazione al testo del frammento. Il passo d'Ulpiano si può parafrasare così:

“ La decisione di Papiniano è ragionevole, (perchè la ripetizione parziale modifica le condizioni del concorso fra i conchiarnati), nè si può dire che, nel momento stesso della perdita, quegli (Tizio) in favore del quale la ripetizione parziale si verifica

del quale si è acquistato l'usufrutto. La decisione sua, accolta da Giustiniano (l. 15 C. de usufr. III, 33), che l'usufrutto resti *secundum suam naturam integer ac incorruptus* nella pertinenza di chi l'ha acquistato intero, per aver avuto intero il dominio del servo, costituisce una riprova della tendenza ad escluder l'estinzione parziale dell'usufrutto; ma non si può conciliare coll'idea, che nel determinare l'attribuzione dell'usufrutto si abbia riguardo alla *persona del servo*, secondo l'espressione di Ulpiano, ch'è a dirittura il sintomo d'una rivoluzione nel modo di considerare la condizione giuridica dei servi.

venga ad accrescere il suo acquisto (in alcun caso, o ad estenderlo oltre i limiti posti alla ripetizione); perchè noi non ammettiamo che alla perdita consegua un acquisto per lo stesso perdente. „ *Ex eo quod amittit nihil adcrecere* non vuol dire “ che non si possa riacquistare per accrescimento la parte già perduta,, ma “ che non si possa verificare un accrescimento in conseguenza della propria perdita „.

Gli argomenti esteriori contro la genuinità del passo non mi sembrano concludenti; non è senza esempio nei giureconsulti classici la ripetizione poco elegante dell' *enim* (v. p. e. PAU. 18 § 3 *commodati* D. XIII, 6), e nel *placet nobis* piuttosto che un' intonazione bizantina è da vedere un' affermazione solenne dell' opinione generale contro la tesi di Sabino. È detto *resumit* e non *recipit usum fructum*, per accentuare la circostanza che l' acquisto deriva da una nuova delazione; mentre è all' acquisto dell' usufrutto deferito che si applica il termine *recipere usum fructum*. Vero è peraltro che l' intelligenza piena del frammento è mancata già ai compilatori dei libri Basilici; i quali, sopprimendo di netto l' inciso *neque enimusufructu adcrecere*, hanno tradotta l' ultima proposizione come se escludesse la possibilità di riacquistare per accrescimento la parte perduta.

Messina, Gennaio 1896.

GIACOMO VENEZIAN

SUL TESTAMENTO DI C. LONGINO CASTORE

BREVI NOTE AGGIUNTE

Nel vol. VII p. 1-25 di questo *Bullettino*, io ebbi già ad occuparmi del testamento del veterano C. Longino Castore conservatoci tradotto in greco nei papiri egizî del Museo di Berlino. Torno ora su tale argomento per aggiungere poche notizie e fare qualche correzione.

Il documento poi fu edito dal KREBS nella raccolta *Aegyptische Urkunden aus den k. Museen zu Berlin (griechische Urkunden)* I n. 326, fol. 318-320, con correzioni che si leggono a pag. 359 e a pag. 396, e fu riprodotto con commenti in Francia dal COLLINET nella *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 1894, p. 573-582 con alcune proposte di supplementi del DARESTE, e dal GIRARD *Textes de droit romain* 2^a ediz. 1895, p. 725-729, in Germania dal KARLOWA *Neue Heidelberger Jahrbücher* IV, 1894, p. 189-204 e da ultimo dallo stesso MOMMSEN *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XVI p. 198-202, nel Belgio dal D.^r I. WILLEMS *Revue de l'instruction publique en Belgique* XXXVIII fasc. 5. ¹⁾

¹⁾ Di questo articolo conosco e cito solo l'estratto favoritomi dall'autore.

1). Riguardo alla lettura del testo è da osservare anzitutto, che nei vv. 10. 21 col. II deve leggersi *ἡνύγη* ed *ἡνύγησαν* invece di *ἡνύτη* ed *ἡνύτησαν*. Così si ottiene un senso molto semplice e chiaro, poichè *ἡνύγη* equivalente ad *ἡνοίγη* significa *apertum est* e si riferisce dunque direttamente all'apertura del testamento e dei codicilli. La corretta lezione fu proposta dal WILLEMS ¹⁾ e indipendentemente anche dal BLASS ²⁾ ed è ora accettata pure dal MOMMSEN. ³⁾

2) I primi versi del testamento furono dal DARESTE integrati in modo che l'istituzione di erede sarebbe così concepita: *Μαρκέλλαν δούλην μου μίζονά ἐτῶν τριάκοντα καὶ Κλεοπάτραν δούλην μου μίζονα ἐτῶν τριάκοντα ἐκ τοῦ Ἀρσινοεΐτης νόμου ἐξ ἴσου μέρους ἐμοῦ κληρονομῖν κελεύω*: ove è accettata la proposta da me fatta di usare il verbo *κελεύω* invece del *βούλομαι*, che era stato posto per congettura dal MOMMSEN, e che secondo ogni probabilità avrebbe prodotta la nullità del testamento. Manca però nella congettura del DARESTE la manumissione testamentaria delle schiave eredi, che pur vi doveva essere.

Il MOMMSEN accetta ora il *κελεύω*, persistendo, sebbene in modo dubitativo, negli altri suoi supplementi. Però l'abbandono del *βούλομαι* mi fa credere che il MOMMSEN, quantunque non lo dica espressamente, non ritenga più che nei vv. 10-13 sia contenuta una sostituzione volgare col verbo *θέλω*, ed ammetta che ivi si tratti di fedecomesso, come io dimostrai. Ciò ho voluto notare, perchè l'autorità del sommo maestro aveva per questa parte indotto anche altri in errore. ⁴⁾

3). La manumissione di Sarapias nel v. 17, quantunque fosse fatta con la forma diretta *ἐλευθέρᾳ ἔστω*, fu ritenuta dal MOMMSEN come manumissione per fedecomesso, perchè vi manca la designazione dell'età della schiava, che si trova invece nel principio del testamento per le due schiave manomesse e istituite e-

1) Loc. cit. p. 17

2) *Aegypt. Urkunden* I p. 359.

3) Loc. cit. p. 202.

4) Confr. KARLOWA loc. cit. p. 195, WILLEMS loc. cit. p. 10, GIRARD loc. cit. p. 726.

redi. Il MOMMSEN fu in ciò seguito da tutti, me compreso. Ora nondimeno io porrei in dubbio tale interpretazione. Infatti alla formula della diretta manumissione tien dietro un legato *per vindicationem*, che, secondo la più probabile intenzione del testatore, doveva essere immediatamente acquistato come tale dalla liberta.¹⁾ Non è dunque improbabile che la manumissione fosse anche sostanzialmente diretta. Vero è che per la legge *Aelia Sentia*, se la schiava in tal caso non aveva ancora 30 anni, diventava latina (Gai. I, 17, Ulp. I, 12) e perciò non era capace di acquistare il legato (Gai. I, 24, II, 275, Ulp. XVII, 1, XXV, 7)²⁾; ma non è neppure necessario di immaginare che Sarapias avesse meno di 30 anni. Ciò si è voluto indurre dal fatto, che per lei non viene ripetuta l'espressa dichiarazione di essere maggiore di 30 anni fatta per le due eredi; ma la differenza si può forse spiegare altrimenti. Gaio II, 276 scrive: "*Item cum senatusconsulto prohibitum sit proprium servum minorem annis XXX liberum et heredem instituere*, plerisque placet posse nos iubere liberum esse, cum annorum XXX erit, et rogare, ut tunc illi restituatur hereditas. „ Riguardo agli schiavi manomessi e istituiti eredi vi era dunque, oltre la legge *Aelia Sentia* anche uno speciale senatusconsulto³⁾, sicchè non deve farci meraviglia che o per disposizione di questo, o per una maggior cautela usitata nella pratica, per lo schiavo nominato erede si ritenesse opportuna

1) Il KARLOWA loc. cit. p. 196 osserva che nei vv. 13-16 col. I vi è una formula fideicommissaria, che si estende a tutte le disposizioni del testamento. Ciò è vero, ma non toglie che, secondo il testatore, che sembra essere stato assistito da un giurista, la disposizione a favore di Sarapias doveva essere anzitutto veramente un legato.

2) Posta la piena regolarità del testamento, non si può nemmeno credere, che il testatore pensasse per questa parte di testare *iure militari*, Gai. II, 110.

3) Veramente il GÖSCHEN voleva leggere nel citato passo di Gaio *lege Aelia Sentia* invece di *senatusconsulto* ammettendo uno scambio di abbreviazioni nel manoscritto; ma ciò era arbitrario. Sul Senatusconsulto qui menzionato veggansi le osservazioni del LACHMANN *ad h. l.*, del HUSCHKE *Gaius Beiträge* p. 53-55 e del MUIRHEAD *ad h. l.*

l'espressa menzione dell'età ¹⁾, che si trascurava invece nel caso di semplice manumissione testamentaria.

4). Riguardo alla formula del v. 3 col. II ταύτη τῇ διαθήκῃ δόλος πονηρὸς ἀπέστη io aveva ricordata una frase analoga del testamento del vescovo Remigio. Ora il MOMMSEN ²⁾ mi rimprovera di avere ignorato, che quel testamento era da lungo tempo sospetto di falsità, ed ora anzi dal KRUSCH nel *neues Archiv für deutsche Geschichtskunde* XX, 537 seg. è stato riconosciuto come una falsificazione di Hincmaro. Ma questo rimprovero non è da me punto meritato, poichè precisamente nella pag. 17 del mio scritto, citata dal MOMMSEN, parlando del testamento di Remigio, io lo diceva: " un testamento di data molto posteriore, di assai dubbia autenticità „ ed in nota io rinviava allo SPANGENBERG p. IV n. 2, che appunto avverte di averlo, perchè falso, escluso dalla sua raccolta. La ragione poi, per la quale io mi serviva di quel testamento quantunque falso per i miei riscontri, era espressa da me a pag. 7 del mio scritto: " non mi sono arrestato neppure dinanzi ai dubbi, anche giusti, circa l'autenticità di alcuni di essi [testamenti]; perchè le formule testamentarie si conservarono durante lungo tempo con grande persistenza, anche quando avevano perduto l'intrinseco loro valore, e perchè relativamente alla formula non molto importa che il testamento sia genuino o falso, purchè la falsificazione sia anche essa antica o fatta in conformità di antichi documenti. „

5) Il GRADENWITZ, la cui opinione è riferita e approvata dal MOMMSEN ³⁾, osserva acutamente, che la strana forma ἐπέγνοι dei vv. II, 5. 6. 13. 19.20 può essere prodotta da una ibrida mescolanza di greco e di latino, sicchè la seconda parte γνοι corri-

¹⁾ Certamente, se lo schiavo era minore di 30 anni e si voleva dal testatore applicare uno degli espedienti escogitati dalla giurisprudenza, la circostanza dell'età era menzionata nel testamento: vedi p. es. Gai. II, 276, l. 13 § 5 D. de statulib. 40.7 (Iulianus), l. 46 D. de man. test. 40, 4 (Pomponius), l. 39 § 2 D. fam. erc. 10.2 (Scaevola), l. 29 D. de R. D. 34.5 (Scaevola), l. 38 de man. test. 40.4 (Paulus); confr. l. 22 D. de cond. inst. 28.7 (Gaius).

²⁾ Loc. cit. p. 201.

³⁾ Loc. cit. p. 202.

sponda al *gnovi* di *agnovi*; ἐπέγνωι starebbe dunque ad *agnovi* precisamente come il σεγνωι della tavola di Transilvania XXV nel C. I. L. III p. 959 (confr. BRUNS *fontes* ⁶ p. 290) sta al latino *signavi*.

6) Il MOMMSEN, in seguito ad un'osservazione fatta dal KENYON, nota, a proposito dei titoli dati a Commodo nei vv. 7. 8 col. II, che nei documenti egiziani quest'imperatore porta i titoli di *Armeniacus Medicus Parthicus* appartenenti al padre suo Marco Aurelio, il che va connesso col fatto, che anche gli anni dell'impero di Commodo in Egitto si calcolavano in continuazione di quelli di Marco Aurelio. Per aver ciò ignorato, io ho fatto nel mio scritto l'erronea sostituzione di ι in luogo di λ nel v. 7, dove sono indicati gli anni dell'impero di Commodo, i quali sono veramente 30 calcolando dal principio dell'impero di Marco Aurelio, cioè dal 7 Marzo 161, secondo il computo usato in Egitto ¹⁾. Duolmi che il mio errore abbia tratto in inganno anche altri ²⁾, e perciò ne faccio qui pubblica ammenda.

7) La disposizione dei vv. 16. 17 col. II mi sembra ancora di dubbia interpretazione. La forma τῇ ἰδίᾳ πίστει si legge anche nel papiro 7968 del Museo di Berlino, pubblicato nella citata raccolta vol. II n. 338, al v. II, 13. ³⁾

VITTORIO SCIALOIA

¹⁾ MOMMSEN *Staatsrecht* II³ p. 80.4

²⁾ Confr. WILLEMS loc. cit. p. 14 seg.; GIRARD loc. cit. solo però nella traduzione latina.

³⁾ Confr. ora anche MOMMSEN *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XVI p. 185.

Recensioni

Vocabularium iurisprudentiae romanae iussu Instituti Savigniani composuerunt OTTO GRADENWITZ, BERNARDUS KUEBLER, ERNESTUS THEODORUS SCHULZE Fasciculus I *a, ab, abs — accipio* — Berolini, apud Georgium Reimerum, MDCCCLXXXIV — pag. 75 * = coll. 96.

Quantunque oramai in ritardo, non voglio lasciare senza un breve cenno questo primo fascicolo di un'opera da lungo tempo e con grande desiderio aspettata da tutti gli studiosi del diritto romano.

Quale sia finora la nostra condizione relativamente a quel potente sussidio, che dovrebbe essere un buon vocabolario delle fonti giuridiche romane, non è chi non sappia.

Il vecchio BRISSONIUS *de verborum quae ad ius civile pertinent significatione* rielaborato da Heineccio e edito dal Böhmer (*Halae Magdeburgicae* 1743), con gli *additamenta* del Wunderlich (*Hamburgi* 1778), e il brevissimo saggio di supplemento del Cramer (*Kiliae* 1813) è forse ancora ciò che abbiamo di più utile. Il *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum* del Dirksen (Berolini 1837) non fu che l'epitome del *Thesaurus*, che l'autore aveva annunciato e di cui aveva nel 1834 pubblicato anche un saggio: così com'è, ci rende non lievi servigi, ma contiene alcune parti inutili, pur essendo scarso in altre più necessarie; certo non

rende superfluo il Brissonio. A questi può aggiungersi, e non soltanto per i tedeschi e per i principianti, il piccolo *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* del Heumann, che in quarant'anni ha avuto sette edizioni.

Ma se con questi lavori noi avevamo quanto forse bastava alla intelligenza dei testi giuridici, per ciò che si riferisce al semplice significato delle parole; ci mancava del tutto un'opera contenente il quadro completo della latinità delle fonti, che ci presentasse insieme la statistica e la storia di ciascuna parola, facendoci a colpo d'occhio conoscere da chi, come e quanto essa fosse usata.

Quest'opera, ma per la sola giurisprudenza, cioè per i Digesti giustinianeî, le Istituzioni di Gaio, le regole di Ulpiano, le Sentenze di Paolo e i testi dei giurisperiti che si leggono nei frammenti Vaticani, nella *Collatio* e nella *Consultatio*, è ora incominciata in Germania sotto gli auspicî della fondazione Savigny; e già ne abbiamo il primo saggio, al quale terrà dietro il resto dell'opera in fascicoli annuali. Il Vocabolario sarà forse completo fra 15 anni.

L'opera è di quelle che per lungo tempo non si rifanno.

È dunque interesse comune degli studiosi, ch' essa sia più che si può perfetta, e a ciò può forse contribuire anche la critica animata da benigna intenzione. E qual'è il giurista, che non si sentirà ispirato da animo grato verso coloro, che hanno impresso così lungo e grave e faticoso lavoro?

Le prime 75 pagine del fascicolo, contrassegnate con l'asterisco, contengono tavole per il confronto dei numeri delle pagine e delle linee della edizione maggiore dei Digesti del Mommsen con i numeri dei frammenti e la divisione di questi in paragrafi; per modo che, data l'indicazione della pagina e della linea di quella edizione, si possa, anche senza aver presente l'edizione stessa, ritrovare il luogo delle Pandette in tal maniera citato. Queste tavole, che a chi percorre i fogli del fascicolo producono la strana impressione di tavole di logaritmi, erano pure necessarie per rendere l'opera utile anche a chi voglia servirsi di altra edizione dei Digesti; perchè nel vocabolario le citazioni dei luoghi, dove si trovano le singole parole, sono fatte secondo la pagina e la

linea della detta edizione Mommseniana. A primo aspetto questo modo di citazione può far sorgere qualche obiezione; ma forse era inevitabile, tanto perchè il materiale era stato preparato appunto su tale edizione, quanto perchè non si poteva altrimenti fare una citazione precisa e immediatamente riscontrabile. I testi giuridici fuori delle Pandette, dei quali ho più sopra dato l'elenco, sono citati nella maniera consueta.

Del Vocabolario vero e proprio in questo fascicolo abbiamo solo 46 pagine divise in due colonne ciascuna. Ben 54 colonne, ossia più della metà di queste pagine, sono occupate dal vocabolo *a*, *ab*, *abs*; le altre comprendono le parole da *abactor* ad *accipio*.

Ai collaboratori fu diviso il lavoro in modo che il più delle volte al Gradenwitz vennero assegnati i vocaboli di più speciale importanza giuridica, allo Schulze gli indeclinabili, al Kübler tutti i rimanenti.

Nel primo fascicolo abbiamo saggi del modo, con cui i tre collaboratori hanno compiuto il loro ufficio.

Le singole parole sono trattate molto variamente, così per la diversa natura loro, come per il numero differentissimo dei testi che a ciascuna si riferiscono. Ma talora la varietà non si può spiegare, se non con la diversità della persona del redattore. Così, per esempio, tra le poche parole contenute nel fascicolo se ne trovano due, alle quali corrisponde un titolo particolare delle Pandette, e sono *abolitio* (Dig. 48,16) e *acceptilatio* (Dig. 46,4). Per entrambe il vocabolario ci dà l'enumerazione dei testi dispersi sotto altri titoli; ma il Kübler alla voce *abolitio* pone tale enumerazione in fine, facendola precedere da un segno semilunare e dalla osservazione “ *repetuntur loci extra hunc titulum dispersi*; il Gradenwitz alla voce *acceptilatio* la pone in principio “ *Index locorum extra titulum dispersorum* „. Meglio, mi pare, ha qui fatto il Gradenwitz, se è vero che il segno semilunare usato dal Kübler deve indicare soltanto i *loci singulares*, come dice la spiegazione apposta sulla copertina del fascicolo.

Così pure chi paragoni le voci *absolvo* del Gradenwitz e *abstineo* del Kübler, noterà facilmente che nella prima si insiste soprattutto sui casi più notevoli dal punto di vista giuridico, non ordinando i testi secondo il grammaticale reggimento del verbo;

mentre nella seconda ad una parte fatta su per giù sullo stesso tipo si fa seguire un *corollarium*, che riassume appunto le varie forme sintattiche.

E talora anche sullo stesso punto i redattori dimostrano una opinione diversa. Così, per esempio, la l. 75 D. de evict. 21,2 in fine ha: *et vera est Quinti Muci sententia, ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo accessum s't.* Queste ultime parole, forse anche corrotte, sono certamente aggiunte dai compilatori giustinianeî. Ora nel Vocabolario a col. 17 v. 21 seg. lo Schulze le riferisce a Venuleio autore del testo e forse a Quinto Mucio; mentre a col. 76 v. 17 seg. il Građenwitz le dà tra i *loci corrupti* riferendole probabilmente a Triboniano.

Ma queste differenze inevitabili, se possono turbare alquanto l'unità dell'opera, non ne diminuiscono l'utilità.

Vediamo piuttosto in generale quali sieno i pregi e quali i difetti del lavoro. Questo apprezzamento richiede anzitutto una precisa determinazione dello scopo del Vocabolario. Esso è destinato così ai filologi, come ai giuristi; ma io credo che sarebbe erroneo e nocivo, se gli si volesse dare troppo il carattere di un lessico, quale si potrebbe fare per qualunque altro scritto letterario. È necessario che qui la varietà dei significati e delle applicazioni sia notata in relazione al diritto e alla storia di esso; e poichè sarà sempre in gran parte impossibile prevedere l'uso, che si potrà fare del materiale completamente raccolto sotto ciascuna voce, io credo che una soverchia suddivisione sia piuttosto nociva che utile. Il più delle volte infatti il vocabolario servirà a riscontrare, se una parola sia o no usata da un dato autore, e quante volte, e in quali occasioni, e con quali sfumature di significato; ma per tutto ciò il lettore dovrà sempre rifare da sè il riscontro dei testi, ed egli si augurerà soltanto di averne l'elenco nel modo più pronto e più facile a riscontrare.

Indi è che io credo avere i redattori del Vocabolario in generale ecceduto nella diligenza, cercando di dare un'elaborazione dei singoli vocaboli più completa che loro fosse possibile. Non è improbabile che i filologi la trovino qua e là scarsa e deficiente; ma i giuristi nel maggior numero dei casi la troveranno sover-

chia. Alcuni vocaboli trattati più semplicemente, come p. es. *absens*, mi sembrano esposti molto comodamente.

Molto studio e buono e proficuo i redattori hanno posto nella indicazione degli autori dei singoli passi citati, notando non solamente il nome del giurista, che si legge nella iscrizione del testo, ma anche dell'altro, al quale la parola realmente appartiene, come quella che fa parte di una citazione. Un punto interrogativo indica l'incertezza di tale attribuzione. Similmente sono notate con cura le parole, che vanno attribuite ai compilatori giustinianeî, sicchè per questa parte il Vocabolario contiene anche un diretto contributo alla scoperta delle interpolazioni, oltre ad essere un mezzo potentissimo per le indagini di tal natura.

Certamente sotto questo aspetto il Vocabolario lascia e lascerà sempre molto a desiderare. Chiunque però conosce per prova quante volte ciò che porta il nome di un giureconsulto appartiene veramente ad un altro, sia perchè il secondo abbia copiato il primo senza citarlo, sia perchè la citazione dovesse tacitamente risultare dalla natura dell'opera, sia perchè i compilatori giustinianeî hanno trasformato il testo e abolita la citazione; chiunque sa che ciò, che apparisce proprio di Ulpiano, appartiene realmente a Pomponio, o a Sabino e simili, ciò che si attribuisce a Minicio è invece o di Giuliano, o di Sabino o di Cassio, e che sotto Africano si può trovar Giuliano, sotto Alfeno si cela Servio, e così via di seguito; chiunque, dico, tutto ciò non ignora, non affaccerà mai la folle pretesa, che i redattori di un vocabolario possano e debbano indicare nei singoli casi il vero originario autore del passo. Ma d'altra parte converrà sempre tener presente quell'immensa opera di sovrapposizione, con cui si formò gran parte della letteratura giuridica romana, quando si voglia far uso del Vocabolario per la storia del diritto o della lingua latina.

Lo stesso dovrei ripetere naturalmente rispetto ai varî generi di corruzione dei testi, e soprattutto rispetto alle interpolazioni.

Ora, per la critica più particolare, passerò all'esame di alcune singole voci, a cagion d'esempio.

Il verbo *abduco* è distinto in due parti principali relative una al significato proprio, l'altra al traslato. Il quadro della pri-

ma parte più importante è il seguente: a) *de hominibus dictum* 1) *comitem* — 2) *impedire alicquem quominus iudicio sistat* — 3) *de filiis servisse* = b) *res, maxime animalia*. Or vi sono qui, se non erro, alcuni difetti, così nel quadro, come nella citazione dei singoli testi sotto ciascuna parte.

Infatti, se forse si può anche ammettere la distinzione degli uomini e delle cose, non dovevano poi confondersi gli animali con le altre cose e per l'interesse giuridico dovevano i testi o non classificarsi riferendoli solo per ordine di autori, o classificarsi in tutt'altro modo. Approvo senza restrizioni la riunione dei testi relativi al *comitem abducere* che costituisce una figura di reato. Ma non posso invece ammettere il particolare significato di *impedire alicquem quominus iudicio sistat*, al quale è dedicato il secondo gruppo. Vi sono citati i due testi seguenti: Ulp. l. 1. §. 1 de eo per quem factum erit quominus quis in iudicio sistat 2,10: *fecisse autem dolo non tantum is putatur, qui suis manibus vel per suos retinuerit, verum qui alios quoque rogavit ut eum detinerent vel abducerent, ne iudicio sistat...*; Paul. l. 4 pr. ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat 2,7: *Sed eximendi verbum generale est, ...ut puta si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit quominus in ius veniret, ut actionis dies exiret vel res tempore amitteretur, videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit. Sed et si eo loci retinuerit, non abduxit, his verbis tenetur*. Ora ognun vede che qui *abducere* non ha alcuna applicazione speciale o tecnica, ma è usato nel suo più consueto e proprio significato a indicare uno dei modi, coi quali si può impedire a una persona di presentarsi in giudizio. — Nella parte relativa ai figli e ai servi avrebbero dovuto rilevarsi varie applicazioni giuridiche, per le quali il verbo *abducere* prende un colorito speciale; così, per esempio, l'*abducere* lo schiavo per la *manus iniectio* riservata all'alienante (Paul. l. 56 de C. E. 18,1), l'*abducere* per evizione (Pap. l. 67 de evict. 21,2 confr. per la *res* Gai. l. 57 pr. § 1 eod.), l'*abducere* nel giudizio nossale (Pomp. l. 23 de pecul. 15,1) o nel giudizio di stato dello schiavo (Pap. l. 30 de lib. caus. 40, 12), l'*abducere* in senso di furto di schiavo (Iul. l. 35 i. f. de usurp. 41,3) e simili; tutte distinzioni che mi sembrano più importanti delle semplici indicazioni *abducere ancillam, hominem*,

mancipium, *servum* ecc. che si trovano nel vocabolario. — Similmente nella parte relativa alle cose, andava addirittura separato, più che non si sia fatto, l'*abducere aquam* (Ulp. Proc. l. 26 de damn. inf. 39,2); e si potevano anche distinguere le applicazioni relative alla evizione (l. 57 de evict. sopra citata), alla presa del bestiame in contravvenzione (Ulp. 2 § 20 vi bon. rapt. 47,8), al reato di violenza (Paul. 2, 14, 5), di abigeato (Ulp. l. 1 § 2 de abig. 47,14) e simili.

Noterò finalmente in questo articolo due errori di stampa nelle citazioni dei testi: in col. 60 v. 9 deve leggersi 777.²⁴ invece di 777.²¹. in col. 60 v. 18 deve leggersi 522.⁷ invece di 522.⁷. A tal proposito è da osservare che il primo numero indica la pagina, il secondo il verso, e che, quando sul secondo numero si trova una lineetta, la citazione si riferisce al secondo dei due volumi della maggiore edizione Mommseniana.

Esaminiamo qualche altra voce. Nel verbo *absum* non avrei nulla da osservare sulla distribuzione delle parti, se non mi sembrasse erronea l'ultima (col. 72 v. 22 segg.), nella quale *abesse* dovrebbe significare *desse*. Ciò sta bene, quando si tratti di mancanza di un membro del corpo, di un oggetto del patrimonio; ma è falso, quando si tratta invece di cosa, che è bene che non ci sia e che stia lontana, e della quale perciò ottimamente si dice *abest*, ma non *deest*: così i vizi redibitori, il dolo, la colpa e simili (loc. cit. v. 41 segg.); rispetto poi all' assenza del dolo, sarebbe forse stato utile riferire le varie forme grammaticali del verbo.

Nel verbo *accedo* si fanno tre categorie principali: A. *De personis*. B. *De rebus incorporalibus*. C. *De rebus corporalibus*. Ora a me sembra che questa distinzione non sia molto felice e atta a portar luce; tanto più che le cose incorporali qui abbracciano tutto ciò che non è corporale, secondo un concetto ben diverso da quello della giuridica distinzione delle cose in corporali e incorporali. Meglio sarebbe stato, a parer mio, volendo distinguere, seguire i vari significati e le varie applicazioni giuridiche indipendentemente dalla accidentale qualità dell'oggetto. Così, per esempio, si sarebbero potuti riunire insieme i testi, nei quali una servitù è considerata in un contratto come accessoria ad un fondo, con quelli, nei quali un oggetto corporale è considerato nella

stessa maniera (confr. p. es. l. 40 § 1 da C. E. 18,1; l. 6 § 6 ed A. E. V. 19,1; l. 75 de evict. 21,2; l. 40 § 5 de C. E. 18, 1; l. 26 de A. E. V. 19,1; l. 78 pr. de C. E. 18, 1 ecc. ecc.) Sarebbe stato anche desiderabile distinguere nelle accessioni di cose, i testi relativi alla alluvione, al parto, ai frutti ecc. che vengono insieme frammisti. In fine dell'articolo sono notati due luoghi corrotti; nella citazione del secondo, che è la l. 60 § 5 ad Sc. Treb. 36,1 per errore di stampa si trova *accessit* invece dell'*accesset*, che si legge nel testo corrotto. Credo poi che a questi testi guasti si sarebbe potuto aggiungere la l. 3 § 2 de aq. quot. 43,20 (5985), dove invece di *accesserit* si deve, a parer mio, leggere *recesserit*.

Finalmente è da osservare nell'articolo relativo al verbo *accipio* la distinzione fatta tra le *res nec manc'pi* e le *res Mancipi*, che mi sembra del tutto errata. Già si sarebbe dovuto scrivere, come io ho fatto, *mancipi* invece di *mancipii*, perchè quella è la scrittura della parola in tale applicazione attestataci da tutti i migliori manoscritti, ed è invece un mero arbitrio di moderni filologi il raddoppiamento dell'*i* finale, arbitrio abbandonato dallo stesso Krueger nella sua terza edizione di Gaio. (Confr. BONFANTE nel nostro *Bullettino* I p. 46 segg.). Ma, ciò che è assai più grave, la distinzione è stata fatta in modo inesatto. Anzitutto essa si intenderebbe solo quando *accipio* si riferisse ad un negozio giuridico, per cui avrebbe qualche interesse il vedere se si applica alle cose *mancipi* o alle *nec mancipi* o alle une e alle altre. Invece noi troviamo a proposito delle *res nec mancipi* citata per l'acqua la l. 29 de S. P. R. 8,3:..... *si emptor ex alio fundo aquam acciperet et eam in inferiorem ducere vellet*, dove, come ognun vede non si tratta di ricevere per negozio giuridico, nè importa che l'acqua sia *mancipi* o *nec mancipi*. E poi è ben certo il redattore che l'acqua defluente da un fondo sull'altro sia *nec mancipi*? E non produrrà strana impressione il vedere menzionati tra le *res nec mancipi* le seguenti: *amplius* (l. 73 § 2 ad l. Falc. 35, 2; l. 1 § 11 si qui plus quam 35,3 ecc.), *dimissorias* (Paul. 5,34,2), *epistulam* (l. 47 § 1 de pact. 2,14), *exercitum* (l. 9 de cust. reor. 48,3), *experimentum* (l. 20 § 1 de praescr. verb. 19,5), e molte altre simili, che nulla hanno che fare con la di-

stinzione delle cose posta a fondamento della partizione? e tra le *res mancipi*, chi si aspetterebbe di trovare *oves* e *pecus*?

Queste osservazioni ho esposte solo per dare un saggio di quel che si potrebbe fare, secondo la mia opinione, per rendere più utile il Vocabolario; non per censurare l'opera fatta, ben sapendo quanto in queste cose la critica sia più agevole che l'arte. In ogni modo si abbiano gli egregi autori i nostri ringraziamenti per il lavoro dedicato con tanta abnegazione al vantaggio degli studi comuni.

VITTORIO SCIALOJA

Contributo critico

alla

DOTTRINA DELLE AZIONI NEGOTIORUM GESTORUM

Il mio libro sulla gestione degli affari altrui ¹⁾ ha dato occasione al Prof. Contardo Ferrini ²⁾ di trattare colla sua consueta competenza e profondità alcuni fra i molti ed intricati quesiti riguardanti la storia e la teoria di questo istituto, e di riaffermare in proposito idee, che io aveva abbandonate e di proporre di nuove ed ardite. Il lavoro del Ferrini non è semplicemente critico, ma anche costruttivo, ed ha fatto sorgere in me il desiderio di ritornare brevemente sull'argomento. Con un ritardo, giustificato da una serie di circostanze che non occorre menzionare, intendo ora soddisfare questo desiderio, riprendendo il tema favorito nei punti trattati dal Ferrini, difendendo fin dove è possibile i miei combattuti risultati, e confutando, ove sia, come mi sembra, fattibile, quelli dell'egregio romanista pavese.

1) *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*. Lanciano 1893.

2) *Appunti sulla dottrina romana della negotiorum gestio* (con speciale riferimento al libro del Prof. Pacchioni) *Bullettino dell'istituto di diritto romano* Anno VII fasc. I-III)

STORIA DELLE ACTIONES NEGOTIORUM GESTORUM

Sulla storia delle *actiones negotiorum gestorum* alcuni punti sono abbastanza chiari; altri invece quanto mai dubbi ed oscuri per la scarsità delle fonti e per la indeterminatezza delle loro testimonianze. In riguardo ai primi il Ferrini accede in massima alle conclusioni, alle quali io sono giunto e che ho cercato illustrare, ma sul terreno disputabile e più incerto invece egli si allontana e ben sensibilmente dai miei risultati.

Un primo punto, sul quale il F. dissente da me, è dato dal modo di concepire il rapporto fra l'*edictum de negotiis gestis* e le *actiones negotiorum gestorum*. Come è noto, la difficoltà che qui si presenta consiste tutta nel conciliare l'esistenza di un *editto* colla esistenza di due azioni corrispondenti a questo editto, ma concepite in *jus* e *bonae fidei*. Il Lenel ¹⁾ ammette che in via eccezionale un editto potesse confermare un istituto civile e pone la gestione fra queste possibili eccezioni, togliendo così ogni difficoltà. ²⁾ Il Wlassak ³⁾ che al contrario nega, contro la stessa evidenza delle fonti a noi giunte ⁴⁾, questa possibilità di un editto sopra azioni civili, sostiene che l'editto introducesse da prima le azioni *in factum* e che queste posteriormente passarono poi ad essere concepite *in jus*. Io ho sostenuto nel mio libro avere il pretore pubblicato la clausola edittale *de negotiis gestis*, mentre già si affermavano nella giurisprudenza e venivano nel suo editto raccolte le azioni civili *directa* e già anche *contraria*. Il Ferrini non entra ad esaminare la teoria del Lenel, respinge assolutamente la mia supposizione e finisce per accettare, ma solo in parte, la teoria del Wlassak. Contro la ipotesi da me accolta fa valere questo argomento: se pel giudice vi fosse già stato un *oportere*, a quale scopo mai avrebbe il pretore pubblicata una clau-

1) *Ed. Perp.* § 35.

2) Così anche COGLIOLO *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui*. Firenze 1890. vol. I p. 13.

3) *Zur Geschichte der negotiorum gestio* Iena 1879 § 2 p. 13-23 e § 13 p. 153-183.

4) Vedi WLASSAK *Zur Gesch. der neg. gest.* p. 48, LENEL *Ed. Perp.* § 35 PACCHIONI *Trattato etc.* p. 34.

sola edittale? Questa sarebbe stata, a suo avviso, affatto superflua. L'obbiezione non è nuova ⁴⁾ ed io me l'era, come è naturale, già proposta prima di decidermi a non tenerne conto. In realtà io mi sono raffigurato l'attività del pretore e della giurisprudenza in riguardo alle azioni *neg. gest.* come contemporanee e strettamente connesse fra di loro e non come superfluamente successive. Se per dar colore ad una ipotesi fosse lecito far ricorso ad un'altra ipotesi, io direi che forse la giurisprudenza non era ben decisa in proposito, e che forse essa non attribuiva alle azioni di gestione e più specialmente alle contrarie una sfera abbastanza ampia. Che se l'opera del pretore si rese necessaria quando già le basi dell'istituto erano gettate nel diritto civile, non si vede perchè essa avrebbe dovuto intervenire trasformando tutto l'istituto medesimo e restringendone la portata. Qui naturalmente ognuno potrà dire che il ragionamento è vago: ma bisogna tener conto che il tema stesso è vago e che, quando si tratta di spiegare una difficoltà offerta da dati positivi delle fonti romane, saranno sempre da preferirsi quelle ipotesi che non alterano, con certo arbitrio, i dati medesimi. Il Ferrini seguendo il Wlassak non si preoccupa di questi dati, ma costruisce una ipotesi sopra elementi discutibili e discussi. Egli cioè sostiene (e qui siamo d'accordo) che l'*actio neg. gest. (directa)* era già riconosciuta nel *ius civile*; che poi l'editto pretorio introdusse l'*actio neg. gest. (contraria) in factum concepta*, e che infine questa azione trapassò ad essere concepita *in ius* nel diritto civile. Una dottrina questa che presuppone varii dati tutti da dimostrarsi. E cioè: in primo luogo che si sia realmente avuto nel diritto romano un trapasso di azioni dal diritto pretorio al diritto civile; 2° che l'editto *de negotiis gestis* contemplasse la sola *actio neg. gest. (contraria)* e la concedesse *in factum concepta*; 3° infine che questa azione trapassasse poi ad essere concepita *in ius* nel diritto civile.

In riguardo al primo di questi dati io ritengo non sia temerario l'affermare che Wlassak nel suo capitolo in proposito, ¹⁾ con-

1) op. cit. § 13.

tenuto nel suo pregevolissimo studio sulla storia delle *neg. gestio*, non ne ha dato una scientifica dimostrazione. Il Wlassak ha semplicemente cercato di dimostrare che quel trapasso avrebbe potuto avere in certi casi una utilità. Ciò è già molto, ma non è abbastanza per lo scopo attuale. Il Ferrini però ritiene di aver dato "larghe prove di tale transito", in un suo speciale lavoro, e su queste prove io debbo certamente soffermarmi.¹⁾ In esso tratta il Ferrini del comodato con molta acutezza e conoscenza e spiega la duplicità di azione, che riscontrasi appunto in quest'istituto, colla ipotesi del trapasso della medesima azione da *in factum* ad *in ius concepta*. Che da ciò che egli argomenta e sostiene a questo riguardo qualche prova possa dedursi a sostegno della tesi da lui sostenuta circa le origini delle azioni *neg. gest.* io non vorrei tuttavia affermare. Anzi io direi piuttosto che tutto quel suo lavoro sta piuttosto contro che a favore della sua tesi sulla gestione. Per vero in riguardo all'*actio commodati* e *depositi* non si potrebbe in ogni evento parlare correttamente di un transito di azioni dal *jus praetorium* nel *jus civile* perchè a buoni conti le *actiones commodati* e *depositi in factum* si sono pur conservate accanto a quelle *in ius*. Ma mettiamo che si possa parlar di transito, e allora perchè questo transito non si è verificato in egual forma in riguardo all'*actio neg. gest. (contraria)* e perchè di questa non si conservò la formula *in factum*? Tutto ciò che il Ferrini scrive p. 476 intorno "al processo storico nel diritto romano in cui i vecchi tipi non soglionsi abolire al sorgere di nuovi, ma continuano allato di questi, finchè per desuetudine vengono meno", ci rende appunto assai diffidenti a credere ad un trapasso dell'*actio neg. gest. (contraria)* da *in factum* a *in ius concepta*, del quale non ci rimane la minima traccia e che per altri motivi ci si presenta ben poco verosimile. Si pensi alla natura dell'*actio neg. gest. (contraria)* e al suo contenuto, e quella verosimiglianza, che si ha nel sostenere che in origine si avesse un'*actio commodati directa in factum* e un'*actio depositi pure in factum*, la si vedrà svanire se si trasporta l'idea al-

1) Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano. (Archivio Giuridico vol 52.)

l'*actio neg. gest. contraria*. Questa azione infatti non ha come quelle un oggetto certo e fisso. La determinazione del suo contenuto presuppone l'apprezzamento di tutti gli elementi dell'atto giuridico, dal quale essa sorge, un apprezzamento che trova più naturale esplicazione in un'*actio ius* che in una *actio in factum*. Che se poi volesse ammettersi che l'azione *in factum* sorgesse *in bonum et aequum concepta* appunto per la natura del rapporto da essa tutelato, con ciò si torrebbe ogni pratica ragione a quel trapasso in azione *in ius concepta*, che si sarebbe poi verificato!

Come ognun vede, anche la ipotesi del Ferrini, a ben considerarla, non si presenta molto salda e apre l'adito a difficoltà e a dubbi ben maggiori di quelli, che sono insiti nel fenomeno, che le fonti pur ci presentano, di un editto a cui corrispondono delle azioni *in ius conceptae*. La ipotesi da me avanzata, per quanto non molto fondata, spiega il fenomeno sulle tracce di quella del Lenel con una certa naturalezza. Respingendo questi tentativi, altro non ci resta che o accettare la tesi del Wlassak considerando come già data la dimostrazione di essa, da lui più volte solo accennata e promessa, ¹⁾ o riconoscere che le fonti non ci danno elementi sufficienti per sostenere con sicurezza una opinione qualsiasi su questo punto.

— A giustificazione di questi primi risultati negativi, possono addursi altre osservazioni, le quali mi sembrano quanto mai adatte a togliere valore alla tesi del chiarissimo contraddittore.

Come già il Wlassak ²⁾, anche il Ferrini ³⁾ è ora costretto ad attribuire alla clausola edittale *de negotiis gestis* una data assai remota, la quale dia modo di sostenere, almeno come possibile, il transito dell'*actio neg. gest. contraria* da essa concessa, dal *ius praetorium* nel *ius civile*, da *in factum* a *in ius concepta*. A questo compito però si oppongono due difficoltà: l'una è riposta nel fr. 20 Dig. h. t., l'altra nel silenzio di Cicerone (Top. 17, 66) in riguardo all'*actio neg. gest. contraria*.

— Il fr. 20 [21] Dig. h. t. suona così:

1) *Zur Gesch. der neg. gestio* p. 16, 17 — *Edikt und Klageform* § 3.

2) *Zur Gesch. der N. G.* p. 37.

3) *Appunti* etc. p. 87.

Paulus libro nono ad edictum

Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit: aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.

Fondandomi sulla ultima proposizione del testo, la singolarità della quale non è sfuggita allo stesso Ferrini, io avevo emesso la ipotesi che l'azione di cui qui si parla fosse un *actio neg. gest. in factum* da concedersi nella singola fattispecie. ¹⁾ E da ciò traevo argomento a sostenere, in base ad altri elementi, che ai tempi in cui Servio Sulpicio dettava il responso riferito da Paolo, la clausola edittale non esistesse ancora.

Il Ferrini non può accettare questa ipotesi, ma d'altra parte riconoscendo la necessità di spiegare in qualche modo la espressione caratteristica del responso di Servio Sulpicio, accetta una interpretazione del Karlowa, che per vero gli sembra così naturale da non abbisognare di alcuna giustificazione. Il Karlowa ²⁾ ritiene che il responso di Sulpicio fosse concepito nella forma, in cui è giunto a noi, per un motivo assai più evidente di quello da me ammesso: i *duo a Lusitanis capti*, che avevano pagato il prezzo di riscatto anche per il terzo, non avrebbero a stretto rigore potuto agire coll' *actio neg. gest. (contraria)* contro il terzo medesimo, non già perchè l'azione medesima non esistesse, ma perchè essi avevano gerito *in captivitate hostium*, essendo cioè incapaci di acquistare, per fatto proprio, un' azione qualsiasi. Questa spiegazione del Karlowa è, a mio avviso, fundamentalmente e sotto ogni punto di vista erronea. E già sorprende che l'illustre storico non si sia accorto della gravità di conseguenze, che queste sua opinione involge. Ammesso che i *duo* fossero prigionieri di guerra e che per tal ragione non potessero acquistare, gerendo durante la prigionia, azioni verso terzi liberi, bisognereb-

1) Vedi BEKKER *Die Aktionem des röm. Privatrechts* vol. II cap. XX.

2) *Römische Rechtsgeschichte* 2 p. 670

considerare come rivoluzionario il responso di Servio Sulpicio. Per esso si sarebbe presto potuto mandare all'aria tutta la teorica della *incapacità* di acquistar diritti e di contrarre obbligazioni da parte del *prigioniero di guerra*. Anche se il responso fosse rimasto limitato al caso della gestione, esso avrebbe avuto una tale importanza, che davvero non si spiegherebbe come neppure una parola di commento ad esso in tutti i frammenti a noi giunti sulla dottrina del *postliminium* fosse a noi pervenuto; come lo stesso Servio Sulpicio non accennasse in alcun modo al fondamento della sua innovatrice decisione! Il fatto è che a Servio Sulpicio non deve esser mai passato per la mente col suo responso di fare uno strappo alla teoria del *postliminium*. Ciò per una semplicissima ragione: di tale innovazione non vi era bisogno per la decisione della vera fattispecie sottoposta a Servio Sulpicio, nè vi sarebbe stato di ciò bisogno anche qualora la fattispecie fosse stata quale generalmente si ammette. Io ritengo cioè che la fattispecie non trattava un caso di *postliminium*; ma ritengo inoltre che anche essa, avesse trattato di un caso di *postliminium* non vi sarebbe stato bisogno della teorica che il Karlowa seguito ora dal F. vuole a Servio attribuire.

Procederò ordinatamente nella dimostrazione. Che nel fr. 20 si tratti di prigionieri di guerra o *ab hostibus capti* viene generalmente ammesso, ma non è guari provato. Più verosimile a me sembra in vero la opposta affermazione: e ben si guardi. Una intima connessione fra il fr. 20 [21] Dig. III, 5 coi precedenti fr. 18 § 5 e 19 eod. tit. manca assolutamente: abbiamo piuttosto un avvicinamento arbitrario operato dai compilatori. Infatti il fr. 18 § 5 è preso dal libro II ad Neratium di Paolo, il fr. 19 dal libro X ad Edictum di Ulpiano, mentre il fr. 20 [21] di cui ci occupiamo è preso dal libro 9 ad Edictum di Paolo. ¹⁾ Non è quindi necessario, sebbene nei due fr. 18 § 5 e fr. 19 si tratti di prigionia di guerra, ammettere che di tali prigionieri si trattasse anche nel fr. 20 [21] h. t. Nè in questo testo medesimo, nella sua prima parte, al pari che nelle seguenti, vi è alcun cenno, che giustifichi la supposizione, trattarsi in esso di veri prigionieri

1) BECHMANN *Das jus Postliminii und die Lex Cornelia*, Erlangen. 1872. p. 71.

di guerra o di *hostes*, coi quali ha luogo *postliminium*. Ma il dubbio maggiore sorge, quando si pensa che il testo tratta di un *plagium* eseguito a *Lusitanis* cioè da un popolo che ai tempi di Servio Sulpicio era posto, o certamente considerato essere in *ditione populi romani*.¹⁾ Ora noi sappiamo bene, per altre fonti, che coi popoli che si trovavano in *ditione populi romani* non poteva aver luogo *postliminium*²⁾, nè tampoco coi *latrunculi* infestanti una provincia romana³⁾, e quindi non dovremmo con tanta facilità ammettere che si tratti di un caso di *postliminium* ove la prigionia sia dovuta a Lusitani. Ciò tanto più in quanto le fonti storiche romane ci parlano, se non frequentemente, pur sufficientemente della Lusitania come di un paese infesto da ladri ricattatori e pirati.⁴⁾ Veggasi dunque, se tutte queste considerazioni hanno un valore, quanto attendibile sia la opinione Karlowa-Ferrini! Se nel testo trattavasi di semplice prigioniero di fatto a *latrunculis*, non avendo luogo *postliminium*, intatta restava la sua capacità giuridica, e quindi nessun ostacolo avrebbe potuto esistere all'applicare al caso suo l'*actio neg. gest.* (contraria), ove veramente questa azione fosse già stata accolta da tempo nel sistema giuridico Romano.⁵⁾

— Ma come già ho sopra accennato, la interpretazione del Karlowa mi sembra affatto erronea, anche ove si ammetta trattarsi nel fr. 20 [21] cit. di un vero caso di *postliminium*. Due sole ipotesi si possono fare per spiegare il testo e ciascuna di queste porta ad una eguale conclusione; porta cioè a dimostrare inutile l'estensione dell'*actio neg. gest.* che Karlowa e Ferrini attribuiscono a Servio Sulpicio. I due rimasti prigionieri

1) Vedi MARQUARDT *Römische Staatsverwaltung* (2 Aufl.) vol. I pp 251 e segg.

2) DIRKSEN. *Die Quellen der römisch-rechtlichen Theorie von der Auslösung der in fremder Gefangenschaft gehaltenen Personen* (Abhandl. der K. Akademie der Wissenschaften zu Berlin. 1858. — Hinterlassene Schriften (vol. II p. 255 ss.)

3) DIRKSEN mon. cit. p. 93. — H. Schr. p. 258.

4) LIVIO EPIF. 46. 48. 52. — DIONE CASSIO XVII, 52. — APPIANO *de rebus hisp.* c. 59, 68, 71, 77, 100. — DRUMANN *Röm. Gesch.* vol. III p. 183. DIRKSEN l. c.

5) A questa mia interpretazione del testo non osta certo che in esso ai due rimasti non si accordi poi contro il primo l'*actio mandati* (Bechmann op. cit p. 71.) Per vero non vi è nella fattispecie un mandato fra i due che restano e quello che parte; ma solo un patto fra i tre ed i Lusitani.

presso i Lusitani infatti o hanno pagato con denaro proprio o qualche terzo si è incaricato (ipotesi più naturale) di eseguire il pagamento per loro. In questa ultima ipotesi essi diventano liberi, ma restano obbligati verso il terzo ¹⁾: quando poi pagano al terzo, acquistano l'azione verso il loro antico compagno di prigionia *missus* anticipatamente *ut pecunia pro tribus adferret*. Ciò è naturale, poichè quando essi eseguono il pagamento sono già liberi. Ma supponiamo, così come suppone il testo, che i due rimasti presso i Lusitani, abbiano realmente eseguito personalmente il pagamento del riscatto; forse che anche in questa ipotesi sarebbe stato necessaria una estensione dell'*actio neg. gest.* affinchè questi potessero agire in régresso contro il primo? Per chi consideri in qual momento l'*actio neg. gest. (contraria)* sorga, la risposta negativa non può esser dubbia. Essa sorge nel momento che il pagamento è eseguito, sorge cioè appunto in quel momento, nel quale per l'eseguito pagamento del riscatto i prigionieri sono ridiventati liberi e capaci di obbligarsi e di obbligare! Dunque anche nel caso di vero *postliminium* l'*actio neg. gest. (contraria)*, ove avesse esistito, sarebbe stata naturalmente applicabile, senza bisogno di estensione per l'opera di giuristi influenti. ²⁾ Dunque resta sempre che la frase *aequum est praetorem reddere iudicium* si spiega naturalmente così come io ho proposto. (Veggansi inoltre sulla frase *actionem dare* e simili WLASSAK *Röm. Process-Gesetze* I p. 42 nota 6).

— La seconda difficoltà che, il Ferrini deve superare per potere con verosimiglianza attribuire una data assai remota alla clausola editale *de neg. gestis*, è a mio avviso riposta nel famoso passo di Cicerone *Topica* 17. 66. In base a questo frammento, argomentando *a silentio*, io ho sostenuto che al tempo in cui Cicerone scriveva, l'editto *de neg. gestis* non esisteva ancora. Comprendo perfettamente che l'argomento *a silentio* è in generale di dubbia efficacia; ma in questo nostro caso vi sono altre circostanze, che io in parte ho già rilevate e in parte rileverò o-

1) Vedi Dirksen l. c.

2) Volendo pensare ad un estensione dell'*actio neg. gest. (contraria)* in favore del prigioniero di guerra sarebbe in ogni evento più naturale ammettere l'*actio ficticia (si tunc liber fuisset)* arg. L. 1 § 4 Dig. 44, 5 KÄRLOWA *R. RG.* I p. 669.

ra, le quali concorrono a dare ad esso uno speciale valore. Il Ferrini tuttavia non vi si adatta. Nel suo studio sulla " *Storia e teoria del commodato nel diritto romano* " ¹⁾ egli espone in forma dubitativa il suo dissenso. " L' *actio neg. gest.* (almeno siccome in *ius concepta* e b. f.) ai suoi tempi (i. e. di Cicerone) non era conosciuta che come *directa*, come appare dal citato passo della Topica 17 § 66 e da molti altri indizi che hanno persuaso lo stesso Karlowa in altra parte dell'opera sua (R. G. I 463 n. 1). „ Più deciso poi, sebbene sempre dubitativo, il suo dissenso si manifesta negli " *Appunti sulla dottrina romana della Neg. gestio* „ per quanto nella forma trasvolante di una breve nota (p. 87, nota 1). Qui il Ferrini dice che " il silenzio della Topica 17, 66 si spiegherebbe egregiamente ritenendo che al tempo di Cicerone il *contrarium iudicium* fosse *in factum*: così non avrebbe potuto comprendersi fra i iudicia b. f. di cui egli (i. e. Cicerone) discorre. „ Lo spediente, mi sia permesso chiamarlo così, è assai ingegnoso, ma io non sarei inclinato ad accettarlo per due motivi: perchè se ai tempi di Cicerone l'editto avesse già esistito da lungo tempo o da qualche tempo, penso, entrando nell'ordine di idee del Ferrini, che l'azione avrebbe già dovuto esser passata nel *ius civile*. Mentre poi, se fosse rimasta pretoria, non troveremmo per se stesso così naturale che Cicerone non ne facesse menzione, anche ove col Ferrini potesse sostenersi essere le azioni *in factum conceptae* assolutamente escluse dal novero delle azioni di b. f. Anzi sembrami che se il motivo, per cui Cicerone taceva dell' *actio neg. gest. (contraria)* fosse stato realmente quello addotto dal Ferrini, egli maggiormente avrebbe avuto opportunità e obbligo, direi quasi, di farne cenno. Ma a parte tutto ciò, è lecito chiedersi: è egli veramente fuor di dubbio che le azioni *in factum* non potessero essere di b. f. o analoghe a quelle di b. f., di modo che di questo postulato ci si possa con tanta sicurezza servire per risolvere punti dubbi ed oscuri nella storia del diritto romano? Chiunque dia un'occhiata alla letteratura romanistica su questo argomento dovrà persua-

1) Arch. Giur. vol. 52 p. 478.

dersi del contrario. A me sembra che il Thon ¹⁾ più che confutare sostanzialmente la dottrina del Savigny ²⁾ sulle azioni *in factum* ne abbia confutata una inesatta formulazione. Nè certo si può dire che il Wlassak ³⁾ ed il Ferrini ⁴⁾ abbiano molto aggiunto agli argomenti di quello. Io mi riservo di giustificare queste recise affermazioni in uno apposito studio ⁵⁾, ma intanto mi sarà certo lecito il rilevare che anche la difficoltà, che offre il passo in discorso della Topica per quelli che, come il Ferrini, vogliono all'editto attribuire una grande antichità, non è stata finora felicemente superata. Per ciò che riguarda invece lo scopo dell'editto, ammetto anche io che esso era rivolto precipuamente ad accordare l'azione contraria, e messi in disparte i dubbi di interpolazione sollevati dal Gradenwitz, può certo anche a sostegno di questa idea invocarsi l' analogia del *iudicium contrarium tutelae*: che però l' editto, nella forma in cui fu emanato, dovesse essere considerato come riferibile a tutte due le azioni, credo non si possa porre in dubbio. Ammetto che non era necessario dire *iudicium ei dabo* per riferire la clausola all'azione contraria, ma è pure indubitato che mancando l'*ei* la clausola poteva naturalmente riferirsi tanto all'azione contraria, che alla diretta.⁶⁾ Concludendo quindi dico che le osservazioni del

1) THON *Zur Lehre von den in factum actiones* (Zeitschrift für Rechtsgeschichte vol. II p. 237-310. 1863.)

2) *System* vol. V 116, 119 Beilage XIII. Vedi anche BONJEAN *Traité des actions* I p. 269 e segg.

3) *Zur Gesch. der N. G.* p. 160.

4) l. c.

5) Veggasi KARLOWA *R. RG.* II p. 668 seg. — es bleibt eben die Frage ob zu den bonae fidei iudicia lediglich actiones in ius conceptae gerechnet wurden und nicht auch einzelne mit den actiones in ius conceptae dieser Kategorie in naher begrifflicher Verbindung stehende actiones in factum conceptae.

6) Secondo il Karlowa (*Röm. RG.* I p. 467) l'originaria dicitura dell'editto sarebbe stata: *iudicium ei (gestori) eo nomine dabo*. Questa supposizione è certo infondata e lo stesso Karlowa l'ha abbandonata nel II volume della sua storia (p. 670) sostenendo che l'editto anche così concepito come si trova nel Digesto si riferisce al solo gestore. Il Ferrini p. 87 ritiene pure che l'editto così come è concepito non possa riferirsi che al gestore. « Se il pretore avesse voluto riferirsi al domino, scrive egli, avrebbe detto: *Si cuius negotia gesta fuerint; se ad entrambi avrebbe detto: ei et in eum iudicium dabo* » Tutto ciò però è fantastico. La concessione delle azioni nello stile pretorio, per quanto a noi noto, avveniva in forma generica, senza menzione dell'attore o del convenuto. Gli avanzi dell'editto (Bruno-Lenel) contengono 45 volte *iudicium dabo* e solo due volte *iudicium ei* (sc. actori) *dabo*! Vedi la bella nota del ERMANN *Beiträge zur Publiciana* (Zeitschrift der Savigny Stiftung vol. XI. p. 246 nota 1).

Ferrini sui punti della storia delle azioni neg. gest., nei quali dissenso da me, pur essendo considerevoli ed atte a dimostrare ancora tutta la incertezza che su di essa regna, non sono tali da farmi abbandonare le idee nel mio libro sostenute.

TEORIA DELLE ACTIONES NEGOTIORUM GESTORUM

In più fondamentale contrasto coi risultati da me ottenuti viene a trovarsi il Ferrini in riguardo alla teoria delle *azioni neg. gest.* Io ho infatti sostenuta la più assoluta indipendenza teorica di queste azioni fra di loro: il Ferrini invece le ritiene così strettamente connesse da formare un solo istituto. Io ho conseguentemente tentato di dimostrare che i requisiti delle due azioni sono diversi e distinti: il Ferrini invece li ritiene eguali ed identici. Da questo dissenso principale discendono naturalmente divergenze profonde sia nella interpretazione dei testi, sia nella valutazione dogmatica dei requisiti delle azioni medesime. E su questo dissenso e su queste divergenze io ritengo sia utile il soffermarsi, non tanto che mi preme di dimostrare a ogni costo la bontà della tesi da me sostenuta, quanto perchè da uno studio su di esso scaturisce e si fa palese la diversità dei criteri metodici, coi quali la medesima ricerca può essere condotta.

In sostanza il problema sulla ricostruzione teorica delle azioni neg. gest. è in prima linea un problema logico. Dati certi elementi per la costruzione o fa d'uopo giungere a certe conseguenze, o conviene, se vuolsi evitare ciò, modificare e contorcere gli elementi medesimi. Nella gestione gli elementi primi per la costruzione giuridica, che ci offrono le fonti romane, sono tre: *alienità del negozio gerito, utilità della gestione, animus* col quale la gestione è stata condotta. E il quesito relativo alla costruzione medesima consiste in ciò: si può naturalmente con questi elementi costruire un solo ed unico istituto o occorre invece scindere l'uno di essi dagli altri e sul primo costruire la teoria dell'azione neg. gest. (*directa*) e sugli altri due la contraria? Di queste due alternative io ho seguito la seconda, il Ferrini la prima. L'una e l'altra tendenza ha del resto numerosi seguaci, onde non si tratta tanto di mettere in luce nuove idee, quanto di confutare definitivamente e

definitivamente dimostrare idee già accennate per più modi. Io parto da questo concetto che un istituto, due requisiti del quale (*utiliter coeptum; animus neg. al. ger.*) sieno del tutto superflui e indifferenti per il sorgere di una delle due azioni, che da esso si dicono sorgere, è un istituto anomalo e difettoso, più che un istituto unico è il risultato della somma di due istituti. E ciò mi sembra risultare dal fatto, che in ogni organismo giuridico ogni parte, ogni membro, quindi ogni suo requisito deve avere la sua funzione per l'organismo intero, considerato nel suo complesso.

La dottrina opposta invece più che all'intima struttura dell'istituto guarda alla sua apparenza esteriore e si lascia determinare dalla grande analogia che l'istituto della gestione ha col mandato, dal suo normale atteggiamento, e dalla grande attenzione che nella esposizione sistematica esercitano alcuni schemi, quale quello del quasi contratto e del negozio giuridico.

Sulle varie dottrine antiche e recenti, a base romana, sorte e sostenute ingegnosamente per salvare l'unità concettuale e giuridica dell'istituto della *neg. gestio*, non insisterò più a lungo in questo studio. ¹⁾ Invece tutta la mia attenzione la rivolgerò esclusivamente all'esame critico della teoria del Ferrini. Questa ha una speciale importanza non solo per l'incontestato valore del dotto romanista, ma anche, e forse più, per la circostanza che essa rappresenta, se io non erro, l'ultimo tentativo dogmaticamente possibile nella serie dei numerosi già rivolti a fondere gli estremi delle due azioni *neg. gest.* in un solo istituto superiore alle azioni stesse e fonte delle medesime. Per giungere al suo fine il Ferrini procede a tagli larghi e profondi. Egli sopprime senz'altro il requisito del *negotium* obbiettivamente *alienum*, estende all'*actio directa* il requisito dell'*animus negotia aliena gerendi*, nega infine il carattere di requisito giuridico all'*utiliter coeptum* e per tal modo perviene a concludere esservi *neg. gestio*, e per conseguenza sorgere *actio neg. gest. (directa)* e *contraria* tutte le volte che alcuno abbia gerito *scienter pro alio*. Non tutti gli elementi di questa nuova dottrina sono tuttavia nuovi. Tutt'altro che nuovo al contrario è il tentativo di ridurre l'*animus neg. al. ger.* a re-

1) Vedi in proposito AARONS *Beiträge* I e PACCHIONI op. cit.

quisito comune alle due azioni.¹⁾ Ma ciò che è nuovo, è radicale e richiede, possibilmente, una critica esauriente. Pertanto, prescindendo dal fatto che il Ferrini nega ogni importanza al requisito del *negotium* obiettivamente *alienum*, io cercherò nelle pagine che seguono di dare una confutazione alla sua dottrina seguendola grado a grado, nel suo svolgimento.

IL REQUISITO DELL' UTILITER COEPTUM

La dottrina antica e moderna è pressochè unanime nel considerare l'*utiliter coeptum* come requisito dell'azione *neg. gest.* (*contraria*). Le fonti romane sono del resto abbastanza chiare in proposito. Finchè pertanto l'analisi dell'istituto nostro si mantenne superficiale, di ciò non si fece caso e si continuò ad enumerare il requisito dell'*utiliter coeptum* fra i requisiti della gestione pur restringendo la necessità di esso al sorgere dell'*actio neg. gest.* (*contraria*). Ma quando approfondendo le ricerche si volle giustificare teoricamente, col sussidio delle fonti romane, la unità concettuale e di estremi giuridici delle due azioni allora, il requisito dell'*utiliter coeptum* cominciò a costituire una difficoltà. Infatti la conseguenza logica portava ad affermare essere il requisito dell'*utiliter coeptum* necessario anche al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)*, mentre ciò era ben ostico in teoria ed assolutamente inammissibile poi nella pratica. In pratica infatti sarebbe stato necessario giungere ad attribuire al *dominus negotii* contro il gestore l'azione di gestione *solo nei casi*, nei quali questa azione gli sarebbe per avventura meno necessaria. Di fronte ad un usurpatore, di fronte a un imbecille invece il *dominus* stesso ne sarebbe rimasto privo. Si comprende bene che per amore della teoria la pratica non si poteva piegare a simili stranezze. Quindi anche la dottrina cercò purgarsi delle sue conclusioni; e molti scrittori, pur sostenendo l'unità dell'istituto gestivo, si adattarono ad una inconseguenza logica e ammisero essere il requisito dell'*utiliter coeptum* necessario solo per l'*actio neg. gest. contraria*; altri invece vollero essere logici ad ogni co-

1) Vedi PACCHIONI op. cit.

sto e cercarono degli espedienti; altri infine si decisero a romperla colle premessa tradizionale dell'unità dogmatica di fondamento delle due azioni. Di queste tre dottrine io seguo l'ultima. Il Ferrini invece si attiene alla seconda. Egli non si vale però per darle fondamento di alcuno degli espedienti già escogitati ¹⁾, ma cerca di farsi una via nuova. Il Ferrini sostiene che l'*utiliter coeptum* non è un *requisito giuridico in thesi* della gestione: non lo è quindi dell'*actio directa*, ma non lo è neppure dell'*actio contraria*. L'*utiliter coeptum* è pel Ferrini un requisito per l'applicazione dell'*actio contraria*; o in altri termini: al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* non occorre che il gestore sia intervenuto in tali circostanze, per le quali il suo intervento potesse essere considerato desiderabile ed autorizzato; affinchè egli acquisti l'azione basta che sia intervenuto sapendo di gerire *pro alio* (p. 93) o come egli stesso più oltre ragiona: l'*utiliter gestum* non ha nella gestione una funzione diversa da quella, che esso ha nel mandato, nella tutela o nelle altre forme di amministrazione. E siccome nella tutela e nel mandato, per stare a questi due esempi tipici, nessuno pensa a scindere il fondamento dell'*actio directa* dal fondamento dell'*actio contraria* per il fatto che solo in questa ultima viene in considerazione il momento della *utilitas gestionis*, così deve dirsi anche per la *negotiorum gestio* che l'*utiliter coeptum*, pur essendo requisito importante solo nei riguardi dell'*actio contraria*, non ha tuttavia tale importanza da giustificare il dire che questa *actio* abbia requisiti diversi da quelli dell'*actio directa*. In altri termini e ripetendo: l'*utiliter coeptum* non è un requisito in tesi dell'*actio neg. gest. contraria*. Tutto ciò è pur ingegnoso, ma non persuade. Già gli è anzitutto chiaro che qui il Ferrini opera con una distinzione (requisito in thesi, requisito in applicazione) che ha tutto l'aspetto di essersi a lui presentata appunto per aiutarlo a superare la difficoltà, che con essa tenta risolvere. E infatti della distinzione in se e per se considerata il Ferrini non ha dato alcuna giustificazione, e neppure si è soffermato un istante per accennare che essa abbia un qualche fondamento nei testi della giurisprudenza romana. Di ciò è forse

1) Vedi in proposito PACCHIONI op. cit.

lecito fargli appunto considerando che la dottrina moderna è concorde nel fare dell'*utiliter coeptum* un concetto tecnico ¹⁾ e che anche sulla distinzione fra *utiliter coeptum*, *utiliter gestum*, *diligenter gestum* si è già abbastanza in chiaro. Per vero l'*utiliter coeptum* collegato all'*an. neg. al. ger.* rappresentano nella gestione ciò che il mandato e l'*onus tutelae* rappresentano rispettivamente di fronte al sorgere dell'*actio mandati* e *tutelae contraria*. Dipende dal verificarsi di questi requisiti il decidere qual grado di diligenza debba prestare il gestore; da essi dipende perfino, se vero è ciò che io ho sostenuto, il decidere da chi debba essere sopportato il *periculum negotiationis* ²⁾. Come può dunque dirsi senz'altro che l'*utiliter coeptum* non sia un requisito dell'azione *in thesi*! Ridotto alle proporzioni, cui lo riduce il Ferrini, l'*utiliter coeptum* si confonderebbe coll'obbligo di prestare la diligenza, mentre le fonti tengono ben distinte questi due concetti. Ciò che decide se l'*actio neg. gest. contraria* sorga o no è l'*initium gestionis: initium spectandum est: debet utiliter esse coeptum*! Se manca l'*utiliter coeptum*, anche ove la gestione sia stata condotta con ogni possibile diligenza ed abbia arrecato al *dominus* tutto l'utile immaginabile, non è a parlarsi di *actio neg. gest. (contraria)*, ma di azione di arricchimento: non viene in campo la teoria delle gestioni, ma quella delle spese. Il vero è che l'*utiliter coeptum* è un vero e proprio requisito pel sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)*, e non un elemento da servire soltanto per determinare il contenuto di essa. Bandita la distinzione del F. fra requisito in tesi ed in applicazione, almeno per ciò che riguarda l'azione *neg. gest.* siamo pertanto ricondotti alla nostra primitiva affermazione: che cioè i requisiti dell'*actio neg. gest. (contraria)*, almeno in questo punto, si differenziano sostanzialmente da quelli dell'*actio neg. gest. (directa)*.

Io ho nel mio libro, messo in evidenza questi concetti confrontando la gestione col mandato e rilevando come in questo ultimo istituto le due azioni sorgano ambedue dal *mandatum* e quindi abbiano identici requisiti, mentre invece in quello esse sorgono indipendentemente l'una dall'altra e ciascuna pel veri-

1) Vedi PACCHIONI op. cit. pp. e scrittori ivi citati.

2) PACCHIONI op. cit.

ficarsi dei proprii requisiti. Da ciò concludeva che nel mandato, sorta una azione, certamente è giuridicamente fondata anche l'altra, e solo potrà dipendere dall'esistenza o meno di interesse per chi deve esercitarla il farla valere o meno. Altrimenti invece nella gestione. Qui può essere fondata giuridicamente una azione, senza che lo sia l'altra! Il Ferrini nega ogni fondamento a questa mia distinzione. Per lui tanto nella gestione, quanto nel mandato il fondamento delle rispettive due azioni è il medesimo, e se l'una di esse non può farsi valere, ciò dipende sempre nell'un caso come nell'altro da mancanza di interesse (p. 96). Egli cita poi la L. 41 Dig. 17 1. per dimostrare che anche in certi casi di mandato si neghi l'azione al mandatario *sebbene* egli avrebbe *tutto l'interesse* di esercitarla. Ma il caso non è scelto bene per combattere la mia argomentazione, o per lo meno si cade qui in un giuoco di parole. Nella L. 41 cit. infatti si nega l'*actio mandati (contraria)* al mandatario in quanto egli abbia ecceduto i limiti del mandato conferitogli, in quanto cioè mancando il mandato manca appunto la base giuridica dell'azione. Ma il Ferrini interpreta questa legge diversamente. La ragione per cui non si dà al mandatario l'azione è a suo avviso da vedersi nella circostanza "*che l'interesse del mandatario che ha ecceduto i limiti del mandato è indegno di tutela giuridica.*" Questa spiegazione non mi sembra accettabile. Essa anzitutto è troppo assoluta, e a convincersene basta pensare alla distinzione fra eccesso *praeter* e *contra mandatum*¹⁾. Ma a parte ciò essa è per se stessa poco persuasiva. Prima di affermare che un'azione non può farsi valere per mancanza di interesse degno di tutela, da parte di chi vuole esercitarla, si deve sempre ricercare, se essa competa in quanto ne esistano i requisiti. Esistenza di un'azione, possibilità del suo esercizio sono due momenti che si devono in teoria tener distinti, ed è ozioso ricercare se sia lecito esercitare un diritto prima di aver determinato se il diritto stesso esista o meno. Che se il diritto non esiste, non occorre ingolfarsi nella ricerca spesso assai difficile, della ammissibilità del suo esercizio. Ora appunto questo è il caso della L. 41 cit.: in essa l'*actio mandati contraria*

1) Vedi PACCHIONI op. cit.

non esiste, perchè la gestione, che per essa vorrebbe farsi valere, è avvenuta appunto fuori del mandato; essa quindi nulla prova in favore della tesi del Ferrini.

Che del resto vi possano essere dei casi, nei quali l'azione di mandato esiste, ma non può venir esercitata per mancanza di interesse non potrà esser negato da alcuno: pongasi il caso evidente che il mandatario avendo agito diligentemente e in conformità del mandato nulla abbia speso, nessuna obbligazione abbia contratto, e nessun danno abbia risentito! Ciò naturalmente può avvenire anche pel gestore, ma la differenza fra i due casi risiede in ciò, che mentre il gestore può *come tale* essere convenuto senza che sia necessario ammettere *esistente giuridicamente per lui l'actio neg. gest. (contraria)*, ciò non può mai avvenire ¹⁾ pel mandatario. Il Ferrini cerca di eludere questa difficoltà, sostenendo che anche il gestore convenuto ha sempre a sua disposizione l'*actio neg. gest. (contraria)*, ma che egli non può esercitarla se non quando a ciò sia giustificato da un legittimo interesse. Ora questo interesse esisterebbe solo quando egli avesse gerito *utiliter* pel dominus. Ma anche qui evidentemente si confondono fra di loro cose separate e distinte. E cioè la base giuridica di un'azione e l'interesse ad esercitare l'azione stessa. E in ultima analisi, così argomentando, il Ferrini o viene a dire che il gestore ha interesse di muovere l'azione *neg. gest. (contraria)* quando *ne ha il diritto*, o viceversa fa dipendere l'esistenza del diritto dall'interesse.

Il requisito dell'*utiliter coeptum* che egli vuole escludere nella sua vera e propria forma di requisito dell'*actio neg. gest. (contraria)* ritorna così sotto altra veste, ingegnosa, ma non abbastanza per dissimulare al tutto il sottile raggirio delle sue argomentazioni.

L' ANIMUS NEGOTIA ALIENA GERENDI

Per dare base alla sua nuova dottrina il Ferrini è costretto naturalmente a dimostrare che l'*animus negotia al. gerendi* non

¹⁾ Mandati actio competere non potest cum non antecesserit mandatum: fr. 20 Dig. 17, 1 e cfr. L. 8 § 6 Dig. eod. ove certo esiste mandato, e quindi actio mandati, ma per mancanza di interesse non si può agire.

è un requisito della sola *actio neg. gest. (contraria)*, come io ho sostenuto, ma bensì anche dell' *actio neg. gest. (directa)*. Anzi la maggior parte del suo lavoro è diretta a questa dimostrazione, giacchè egli riconosce che senza di essa la *unità giuridica* dell'istituto gestorio non potrebbe reggersi ed altro non resterebbe se non accettare " *la disperata conclusione del Pacchioni di negare la unità di fondamento delle due obbligazioni e di fare scaturire ex re almeno quella del gestore* „. Io sono ben lontano dal negare l'alternativa: solo penso che essa si debba risolvere a favore della tesi da me accolta. E siccome il Ferrini non si è punto limitato a riproporre a questo riguardo le interpretazioni dei testi che io aveva scartato, ma al contrario e ne ha date di nuove e ha tentato di confutare quelle pur nuove da me presentate, così si comprende che quanto mai accurata debba essere la mia critica su questo punto. Prima di passare all'esame dei testi controversi, mi sia tuttavia permessa una osservazione pregiudiziale. Lo studio del requisito dell' *animus neg. al. gerendi* si presenta sotto due aspetti distinti. Convieni anzitutto determinare che voglia intendersi per *animus neg. aliena gerendi*: poi è a vedersi se questo requisito, così determinato, sia nei testi richiesto al sorgere di ambedue le azioni o solo di una di esse. Il Ferrini ha trascurato affatto la prima di queste due ricerche, e ciò non solo ha ingenerato una certa incertezza ed oscillazione nella seconda, ma ha dato altresì occasione ad equivoci così nella parte critica e polemica, come nella parte critica del suo lavoro. E veramente, come avremo più oltre occasione di osservare, un concetto chiaro e ben precisato dell' *animus neg. aliena gerendi* non risulta da tutto il lavoro del Ferrini: da esso si rileva piuttosto un concetto indeterminato, che incoscientemente si allarga o si restringe a seconda che i testi, nei quali lo si deve riscontrare, riguardano l'*actio contraria* o l'*actio directa*. La causa intima di questo fenomeno è a mio avviso a ritrovarsi nella insostenibilità della tesi principale: un *animus negotia aliena gerendi*, che debba essere requisito di ambedue le azioni *neg. gest.* non può essere che un concetto elastico e multiforme. Ma d'altra parte la tesi sostenuta dal Ferrini e la conseguente mancata determinazione del requisito dell' *animus neg. al. ger.*, la si può spiegare con un

altro riflesso. Anche al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)* viene in considerazione una certa qualificazione della volontà. Occorre che gli atti del gestore *siano voluti come atti gestori*. A questa qualificazione della volontà del gestore, senza la quale non può parlarsi di gestione, e senza la quale quindi non può neppure parlarsi di *actio neg. gest. (directa)*, io ho dedicato nel mio libro un intero capitolo ¹⁾ e l'ho chiamata con riguardo al nostro codice civile, *volontarietà*. *Volontarietà* ed *animus neg. aliena gerendi* sono peraltro due concetti ben distinti e che tali sieno sembrami ammetta implicitamente lo stesso Ferrini.

Dato ciò sarebbe stato necessario guardarsi bene dal servirsi dei testi, che riguardano la *volontarietà*, per sostener esser necessario l'*animus* al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)*, e per lo meno sarebbe stato desiderabile, da parte del Ferrini, una dichiarazione esplicita in proposito, o metti anche una confutazione, se pur possibile, di questa distinzione fra l'*animus neg. al. ger.* come elemento necessario per attribuire al gestore un'azione di così ampio contenuto quale è l'*actio neg. gest. (contraria)* e la *volontarietà* come qualificazione del volere necessario a lasciar considerare la *gestio* come tale economicamente e socialmente parlando.

Ciò premesso veniamo all'esame dei testi.

a) fr. 22 § 10 Dig. 17. 1.

Paulus libro trigensimo secundo ad Edictum

Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse. atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio non est nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tamquam si negotia absentis gesserint: quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint:

1) Vedi PACCHIONI op. cit. cap. IV § 1.

Le risoluzioni date in questo frammento alle varie fattispecie in esso considerate non potrebbero essere più chiare ed evidenti: ma il rapporto fra il frammento medesimo e la teoria delle azioni neg. gest. è rimasto, anche dopo il mio tentativo di interpretazione, tutt'altro che incontroverso. Vari scrittori, ai quali ora si unisce il Ferrini, hanno sostenuto che esso dimostra essere l'*animus neg. aliena gerendi* un requisito necessario anche al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)*. Giacchè per essi il concedersi nell'ultima fattispecie del fr. contro i creditori presenti alla vendita un'*actio in factum*, e non già la vera e propria *actio neg. gest. (directa)* ha la sua ragion d'essere in ciò: che nell'ultima fattispecie, ignorando essi l'esistenza di altri creditori, non potevano nel dare il mandato di vendita avere riguardo ad essi l'*animus negotia gerendi*. ¹⁾ Questa interpretazione io la ritengo ancora inaccettabile. E che tale sia cercherò di dimostrare più ampiamente qui di quanto abbia creduto necessario nella economia del mio libro. Vediamo attentamente tutti gli elementi contenuti nel frammento. In esso anzitutto si suppone che il *curator* abbia eseguito la vendita senza averne avuto espresso mandato. In questo caso, decide il testo, i creditori presenti hanno l'*actio mandati* contro il *curator*: gli assenti hanno contro di lui l'*actio neg. gest.* Qui intanto, si avverta come il *curator* resta esposto di fronte agli assenti coll'*actio neg. gest. (directa)*, indipendentemente dall'aver egli scienza o conoscenza della loro esistenza. Proseguendo, il testo suppone che i creditori presenti, abbiano dato un espresso mandato al curatore di eseguire la vendita. In rapporto a questa supposizione, il testo prende in considerazione due ipotesi subordinate, delle quali tratta poi separatamente. O i presenti sapevano che vi erano altri creditori assenti, o non lo sa-

1) Il Ferrini afferma che qui *curator* è certamente interpolato invece di *magister*, giacchè il *curator bonorum* non poteva eseguire la *venditio bonorum*, ma aveva soltanto la sorveglianza sui beni e la facoltà di distrarli, e ciò non certo ancora ai tempi di Ofilio e Trebazio. Ammettendo questa interpolazione tuttavia non si tolgono le difficoltà che il testo presenta, ove lo si voglia riferire al processo esecutivo: perchè è noto, ed è strano che ciò sia sfuggito al Ferrini, che il *magister* non vendeva il patrimonio del decotto per una somma di denaro, bensì di fronte ad una promessa da parte del compratore di pagare un tanto ai creditori del decotto! Vedi KELLER *Der röm. Civilprocess* § 84.

pevano. Nell'una e nell'altra di queste due ipotesi, il *curator* agendo in rapporto alla vendita *non per propria iniziativa*, ma per espresso mandato sarà egualmente tutelato e salvo di fronte agli assenti: ma a seconda che sia in fatto fondata l'una o l'altra ipotesi, alquanto diverso sarà il rapporto fra gli assenti ed i presenti. Se i presenti sapevano che esistevano altri creditori assenti, decide il testo, essi saranno tenuti di fronte ad essi coll'*actio neg. gest. directa*. Nel caso contrario con un'*actio in factum*. Questa diversità di trattamento io la spiego ammettendo, ciò che del resto è ben naturale, avere i creditori presenti, nel primo caso dato il mandato di vendere anche a nome degli assenti. L'azione *neg. gest. directa*, di cui tratta il testo, sarebbe quindi nel primo caso basata sopra un neg. subbiettivamente alieno (gestione rappresentativa). Nel caso secondo invece non si concederebbe *actio neg. gest. directa* e per mancanza di *neg. sub. alieno* e per mancanza di *neg. obbiettivamente alieno*. L'*actio in factum* di cui parla il testo sarebbe quindi concessa per speciali motivi di equità. Io trovo questa spiegazione naturale, perchè solo per essa noi riusciamo a spiegarci ragionevolmente il modo con cui il testo rileva la distinzione fra la scienza o meno dei creditori presenti.

Ma il Ferrini sostiene al contrario che questa interpretazione non regge, e che se essa fosse vera non riusciremmo a spiegarci l'inciso del testo: *tanquam si negotium absentium gesserint*. Infatti, egli soggiunge, questo inciso sarebbe del tutto superfluo qualora nei presupposti del testo vi fosse avere i creditori presenti "dichiarato apertamente di avere gerito per altri „. Tutto ciò non può persuadere. Anzitutto conviene osservare che questa obbiezione del F. è basata sopra un presupposto erroneo. Sul presupposto cioè che al sorgere di una gestione rappresentativa sia necessario che il gestore nel contrarre (nel nostro caso nel conferire il mandato) abbia dichiarato esplicitamente di contrarre *nomine alieno*¹⁾. Al contrario basta la volontà di contrarre a nome altrui risulti implicita nell'atto, date le circostanze che lo accompagnarono. Io anzi vado più oltre e ritengo che il concorso

1) Vedi MITTEIS *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht* § 16.

di note circostanze possa in qualche caso bastare a far ritenere esistente la intenzione rappresentativa, anche ove questa possa *in concreto* eventualmente mancare. Nel caso nostro data l'esistenza dei creditori presenti che danno al *curator* il mandato di vendere i beni del debitore, e posto come indubitato che questi creditori sappiano che altri ne esistono, naturale si presenta la supposizione che questi creditori abbiano agito anche nell'interesse degli altri. Qui non sarebbe azzardato parlare di rappresentanza presunta, qualora volesse negarsi l'esistenza di una vera e propria rappresentanza reale! Nè mi sembra che l'esser negata l'*actio neg. gest. (directa)* nell'ultima fattispecie del testo costituisca, come il F. crede, un ostacolo insormontabile alla mia teoria. Che nell'ultima fattispecie non possa parlarsi di neg. subbiettivamente alieno non può essere revocato in dubbio da alcuno. Ma io credo di potere anche sostenere senza cadere in *stranezze* che in questa ultima fattispecie non può neppure parlarsi di negotium obbiettivamente alieno. Al F. sembra che io mi contraddica, giacchè concedo l'*actio neg. gest. directa* al comunista contro il comunista, mentre qui non l'accordo al creditore contro il creditore. Ma in sostanza la contraddizione è tutta apparente. Chi infatti vorrà affermare che i concreditori in base alle cause più diverse di fronte a un medesimo debitore siano dei comunisti? Comunisti su che cosa? Forse sul patrimonio del debitore? Ma ciò giuridicamente è falso a dirsi. Il vero è che nella comunione abbiamo una coordinazione di diritti dovuta ad un titolo qualsiasi riconosciuto dal diritto. Fra più creditori in base a diverse e distinte cause non abbiamo una coordinazione di diritti, ma piuttosto una somma di diritti diversi e distinti.

Ogni creditore ha diritto di essere soddisfatto intieramente col patrimonio del proprio debitore e ad esclusione degli altri *se li previene*. Se nella procedura di esecuzione romana si ammise che ogni creditore potesse nel concorso di certe circostanze avvantaggiarsi della esecuzione intrapresa dall'altro, ciò non fu certo perché il diritto romano riconoscesse una comunione fra i vari creditori, ma dipese dalla circostanza che nel diritto romano classico l'esecuzione patrimoniale era per regola universale. Questo fatto della universalità normale della esecu-

zione dovette certamente esercitare una influenza sui rapporti fra vari creditori di fronte al patrimonio del comune debitore, ma che tale influenza giungesse a farli considerare come comunisti, questo non potrei certamente ammetterlo.

Verosimile sarebbe invece l'ammettere che per essa la giurisprudenza si determinasse ad ammettere, come io ho sostenuto, l'esistenza di rappresentanza fra i creditori, ove l'elemento della scienza da parte di alcuni di essi dell'esistenza di altri, desse a tale ammissione tutta la desiderabile naturalezza. Data l'esecuzione patrimoniale universale una decisione contraria sarebbe stata rigida ed ingiusta. L'accordare un'azione *in factum* nei casi, nei quali non si poteva pensare ad un *actio neg. gest. directa* per mancanza di negotium subbiettivamente od obbiettivamente alieno, doveva presentarsi nella giurisprudenza quanto mai naturale ed equo. Ed io penso appunto che da tale ordine di idee sieno determinate le ultime decisioni del nostro testo. Che del resto nell'ultima fattispecie da esso considerata non sia considerata l'*actio neg. gest. (directa)* mi sembra indubitabile. In essa infatti non mancherebbe soltanto il requisito dell'*animus neg. aliena gerendi*, ma anche il requisito del negotium alienum.

b) fr. 18 (19) § 2 Dig. 3. 5.

Paulus libro secundo ad Neratium.

Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili: erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem et is fuit, quem obligare possem.

Questo frammento è uno dei pochi, che dà un apparente sostegno alla teoria che ritiene essere l'*animus neg. aliena gerendi* un requisito anche dell'*actio neg. gest. dir.* In esso infatti si pone l'*affectio gerendi* a condizione del sorgere dell'*actio directa*. Senonchè è erroneo a mio avviso affermare che questa *affectio*, di cui parla il testo, sia a indentificarsi col requisito dell'*animus negotia aliena gerendi*. Saremmo quindi, se io non erro, di fronte ad uno di quei casi, nei quali dannoso alla ricerca del F. si presenta il non avere egli fissato bene il concetto dell'an. neg. al.

ger. prima di mettersi alla sua ricerca su pei testi. L'*affectio* di cui parla Labeone non poteva essere il requisito giuridico dell'*animus*, giacchè sulla esistenza di questo requisito nella fattispecie non poteva sorgere alcun dubbio. Era invece ciò che io chiamo nel mio libro la *volontarietà della gestione* ¹⁾.

Se Labeone avesse voluto riferirsi all'*animus*, così come lo intendono F. e altri, la sua decisione sarebbe strana e contraddittoria. Perchè infatti avrebbe egli negato contro il servo putativo l'*actio mandati*, concedendo poi contro di esso l'*actio neg. gest. (direc'a)*? Forse che nella opinione di questi scrittori l'*animus* non è volontà e volontà in un negozio giuridico? Dunque per essi dovrebbe sembrare strano che a questa volontà del gestore si attribuisce efficacia giuridica, mentre alla volontà contrattuale, proprio nel medesimo frammento si nega effetto: *quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam* ²⁾

A mio avviso quindi Labeone coll'inciso: *quia et gerendi negotia mea habuerit affectionem* vuole semplicemente indicare che questo servo putativo, pur non avendo gerito *libera voluntate* di fronte al *dominus*, ha tuttavia gerito, ha cioè coscientemente compiuto degli atti che cadono sotto il concetto economico della gestione e per tale fatto si trova obbligato. Il testo cioè esprime il fatto delle gestione nel suo momento volitivo. A conferma della mia interpretazione mi sembra adatto il fr. 35(36) Dig. h. t. Qui pure si tratta di gestione di un servo putativo e si domanda se a questo servo compete l'*actio neg. gest.* contro il *dominus*. La risposta è affermativa, ma evidentemente contro i principi dominanti intorno al requisito dell'*animus*. E cioè dice il giurista: sebbene vero *animus* qui non esista *non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gessit* tuttavia *danda est actio!* La prontezza colla quale Labeone nel fr. 18 (19) § 2 Dig. h. t. accorda l'*actio directa*, e la repugnanza colla quale in questo ultimo fr. Paolo accorda l'*actio contraria* non sono forse molto significative a sostegno della mia teoria? Del resto neppure voglio omettere di rilevare come la espressione *affectio* abbia nelle fonti romane un significato ben

1) Op. cit. I. c.

2) Vedi SALKOWSKI *Sklavenverw.* p. 231 seg.

diverso da *voluntas*. Essa in generale indica un *modo di essere* della volontà, non un *atto* della volontà. L' *affectio gerendi* é il modo di essere della volontà di fronte ad un complesso di affari da trattarsi, indipendentemente da ogni rapporto di questi affari col patrimonio altrui!

c) fr. 5 § 5 Dig. 3. 5.

Ulpianus libro decimo ad Edictum.

Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commoto studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.

L'interpretazione che di questo frammento da il F. è quella del Witte, che io, riferendomi alle critiche ad essa mosse dal Seuffert, avevo senz'altro messa in disparte. Ora l'autorità del Ferrini mi costringe a riprendere questa interpretazione in nuovo esame, e a darle, se possibile una più ampia confutazione. Essa può venire così riassunta. Colui che gerisce affari altrui *depraedandi causa* gerisce coll'*animus negotia aliena gerendi*, giacchè egli vuol pure " *trattare un affare altrui* „ ma solo vuole trattarlo in modo più conforme al proprio interesse che a quello del principale: *negotia mea gessit.... sui lucri causa* (p. 104). Il dubbio sollevato da Labeone nel nostro frammento avrebbe quindi secondo il F. la sua ragione d'essere in ciò, che poteva sembrar dubbio l'accordare l'*actio neg gest.* contro un gestore che avesse gerito con una intenzione egoistica contraddittoria " *ai fini per cui la figura della gestione è accolta nel diritto* „ Ma questo dubbio lo si sarebbe poi superato in quanto " *in tutto il campo degli atti giuridici é riconosciuto che alla volontà per se stessa non contraria alle esigenze del diritto (quale è per se la volontà di gerire un affare alieno) possono congiungersi delle intenzioni riproveroli: queste intenzioni aggravano la responsabilità dell'agente, ma non tolgono che l'atto giuridico e sussista, ed esplichì le sue conseguenze* „ p. 104.

In questa interpretazione del F. bisogna distinguere il lato esegetico dal dogmatico. Esegeticamente essa non si concilia con tutto l'andamento del testo appreso senza prevenzioni. Dogmaticamente è inaccettabile, perchè travisa l'indole stessa del requisito dell' *animus neg. al. gerendi*, il quale non è certamente come il F. ammette " *una volontà per se stessa non contraria alle esigenze del diritto* „ ma è invece per noi ed era pei romani, come meglio accentueremo, una volontà *qualificata da una positiva intenzione benevola ed altruistica di fronte al dominus* ¹⁾. Queste due proposizioni devono essere l'una e l'altra giustificate.

Nel testo al quale appartiene il fr. di cui ci occupiamo, Labeone si occupa da prima della gestione dal punto di vista delle pretese del gestore di fronte al dominus (*actio neg. gest. contraria*). Ciò risulta all'evidenza dall' insistere, che in esso Labeone fa sull'elemento altruistico della gestione, onde il *mea contemplatione gerere, meum negotium gerere* nel senso di *gerire per me, a mio favore, nel mio interesse*. Onde anche il contrapposto fra chi gerisce proseguendo l'interesse nostro e chi gerisce proseguendo il proprio interesse (*suo lucro, non meo commodo studet*). Labeone in altre parole insiste evidentemente in questa prima parte del testo sul fondamento legislativo dell'*actio neg gest. (contraria)*.

Chi agisce *depraedandi causa* non può acquistare l'*actio neg. gest. contraria*! Ma ciò non esclude (e qui comincia il contrapposto fra l'*actio neg. gest. directa* e la *contraria*), prosegue Labeone, che anche il gestore egoista e usurpatore sia tenuto di fronte al dominus: *sed nihilo minus immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum. actione*.

Volere vedere in queste parole una pura e semplice deduzione dal principio precedentemente posto, e non anche un contrapposto, mi sembra per se stesso inammissibile. Tanto più poi di fronte al modo, col quale il testo si chiude. In questa chiusa il giurista avverte avere tuttavia il gestore, che ha gerito *depraedandi causa*, una azione per l'arricchimento contro il dominus. Il

¹⁾ Per ciò gli è contraddittorio l'ammettere l'esistenza di *animus neg. al. gerendi* ove risulti, o si ammetta, avere il gestore gerito *depraedandi animo*. La pura e semplice volontà di gerire non costituisce per se sola il requisito dell'*animus neg. al. gerendi*, essa dà semplicemente ad uno o più atti il carattere economico della gestione.

modo, col quale questa azione è concessa, mostra chiaramente che essa viene considerata come una concessione, un'azione sussidiaria in luogo dell'azione neg. gest. negata. *Ipse tamen.... non in id quod ei abest* (cfr. fr. 2 Dig. h. t. in fine) *quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod locupletior ego factus sum habet contra me actionem!* Ma il F. sostiene essere affatto *arbitrario* negare trattarsi qui di azione di arricchimento. Secondo lui l'azione è una vera e propria azione di gestione. Ma allora può domandarsi a che scopo il preciso insistente contrapposto nel testo fra il gestore probò e improbo, fra il gestore che ha agito *contemplatione domini* e quello che ha agito per suo lucro? A che il contrapposto pure evidente fra il *nililo minus immo magis tenebitur neg. gest. actione* e l'*ipse tamen* etc.? Ed inoltre perchè deve sembrare così *arbitrario* il sostenere che l'azione, di cui si parla in fine del testo, non sia di gestione, mentre nè il testo dice che tale sia, nè ad essa attribuisce il contenuto di un'azione di gestione, ma al contrario attribuisce ad essa il contenuto di un'azione per l'arricchimento? Per il Ferrini la circostanza di essere l'azione del gestore limitata all'arricchimento non può in alcun modo indurlo a negare che essa sia un'azione di gestione, giacchè questa azione in altri casi è concessa limitatamente all'arricchimento (cfr. il pr. del fr.) e perchè la restrizione dell'azione all'arricchimento dipende dal principio " *che la bona fides, che anima l'azione, non concede di tener conto oltre tali limiti di spese fatte contro l'interesse del principale* „ p. 106. Ma questa affermazione anzichè dare sussidio alle dottrine che egli sostiene svela, se io non mi inganno, tutta la dogmatica debolezza della sua costruzione. Per essa infatti il Ferrini viene ad estendere anche al requisito dell'*animus neg. al. gerendi* quella sua distinzione fra requisito in tesi e requisito in applicazione, della quale si serve per sostenere essere il requisito dell'*utiliter coeptum* comune alle due azioni. Egli cioè viene a concludere che anche l'*animus neg. al. ger.* non è requisito delle azioni in tesi, ma solo in applicazione ¹⁾. E non si avvede, a quanto sembra, di essere tratto

1) Op. cit. p. 196.

in questa veramente radicale conclusione: non esistere *in thesi* *requisito alcuno* delle azioni, ma essere esse invece soltanto regolate dalla *buona fede*! Che questa conclusione peraltro sia inaccettabile, io credo lo si possa affermare con sicurezza. I giuristi hanno elaborato l'istituto giuridico della gestione, essi hanno fissato a priori i requisiti delle due azioni, e dal verificarsi di questi requisiti, che la dottrina si sforzava di precisare, hanno fatto discendere conseguenze certe e precise; hanno fatto dipendere cioè il contenuto delle due azioni ¹⁾. La *bona fides* viene certo in considerazione nella decisione pratica dei singoli casi di gestione, ma non nel modo, che si raffigura il F., cioè come arbitra assoluta, ma bensì con una influenza svolgentesi entro i limiti determinati dalla costruzione teorica dell'istituto. Se il decidere sul contenuto dell'*actio neg. gest.* avesse dipeso soltanto dal valutare, caso per caso, con quale intenzione il gestore era intervenuto, nessun testo avrebbe potuto dire in teoria avere l'*actio neg. gest. contraria* lo scopo di fare ottenere al gestore *quidquid ei abest vel abfuturum est*. Se l'*animus negotia aliena gerendi* fosse stato ridotto ad una medesima espressione per le due azioni, sicchè anche al sorgere dell'*actio contraria* non si fosse richiesto che una volontà astratta di gerire (volontarietà), non si potrebbe comprendere l'estensione di contenuto dell'*actio contraria* medesima, la quale invece si spiega benissimo come remunerazione di quello spirito altruistico e generoso, che costituisce la vera essenza del requisito dell'*animus neg. al. ger.* necessario al sorgere dell'*actio contraria*, e che è invece affatto superfluo al sorgere dell'*actio neg. gest. directa*.

d) fr. 48(49) Dig. 3, 5.

Africanus libro octavo quaestionum

Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quae ad me per-

1) cfr. L. 2 pr. h. t.

tinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer.

Di questo frammento tanto importante per la teoria della gestione degli affari altrui io mi sono già altra volta particolarmente occupato con speciale riferimento all' *actio neg. gest. (contraria)* ¹⁾. Ora costretto dalle nuove osservazioni del Ferrini devo più minutamente soffermarmi a studiarlo con riguardo all' *actio neg. gest. (directa)*. Io ho sostenuto esser l' *actio de pretio* in esso concessa contro il venditore in buona fede di una cosa altrui una vera e propria *actio neg. gest.* Mi sembravano decisive queste tre considerazioni: 1.) che l'azione è nel testo chiamata appunto *actio neg. gest.*, 2.) che nulla nel testo medesimo osta a questa sua denominazione, 3.) che infine a farla ritenere tale induce la dottrina del neg. obbiettivamente alieno, così almeno come io l'ho concepita e svolta. Il Ferrini non accetta, anche su questo punto, i miei risultati. Egli si unisce a quelli scrittori, i quali sostengono essere l'azione di cui il testo parla una *condictio* per l'arricchimento, e alla loro opinione cerca di arrecare un valido sussidio in quanto sostiene che il testo di Africano sia stato alterato da qualche " poco valido interprete anteriore a Giustiniano „. L'alterazione consisterebbe per l'appunto nella inserzione di quelle due parole *negotiorum gestorum*, per le quali prende base e consistenza la interpretazione che io ho dato del testo. È da accettarsi questa supposizione del Ferrini? Che essa sia verosimile non può negarsi: ma che essa sia anche dimostrata, sia pur approssimativamente come in tale ordine di congetture può ragionevolmente pretendersi, credo che si possa revocare in dubbio. La supposizione del Ferrini acquista nel suo lavoro un grado di grande probabilità, date per accettabile tutte le interpretazioni dei testi, che io ho cercato di dimostrare non persuasive. Se per un momento alcuno volesse accettare i miei risultati, la supposta interpolazione del Ferrini andrebbe tosto nel numero sempre crescente delle verisimili, ma non dimostrate, nè tampoco necessarie. Volendo essere oggettivi, è doveroso tuttavia esaminare

1) La L. 48(49) Dig. III 5 e l'*animus neg. al. gerendi* (Bull. dell'Ist. di Diritto Romano Anno III. p. 42-60).

gli ingegnosi argomenti, coi quali il chiaro romanista cerca sostenere la propria ipotesi. Egli anzitutto sostiene che l'azione concessa nel fr. 48(49) contro il venditore *deve* essere un'azione di arricchimento così come è l'azione in caso analogo concessa nel fr. 23 Dig. 12. 1. È ciò perchè l'inciso *eaque in rerum natura esse desiderit*, che trovasi nelle fr. 48, dovrebbe essere considerato come presupposto dell'*actio* ivi concessa. Ora siccome l'arricchimento non è presupposto dell'*actio neg. gest.*, così dovrebbe conchiudersi che l'azione concessa in base a tale presupposto non può essere un *actio neg. gest.*

L'argomentazione è sottile, ma non ci impedisce di dubitare che l'accenno al perimento della cosa non sia dedotto nella fattispecie come presupposto per la sua decisione, ma come semplice suo elemento costitutivo. Quello accenno non può forse spiegarsi naturalmente pensando che, appunto nel caso in cui la cosa sia fortuitamente perita, più importante praticamente si presenta il decidere circa l'azione da accordarsi al proprietario ¹⁾?

Del resto ammesso pure che il perimento della cosa sia dedotto nella fattispecie di Africano come presupposto dell'azione da concedersi, certo non è *necessario* escludere che questa azione potesse essere *neg. gest.* Che se poi fosse stata, come realmente appare dal testo, *neg. gest.*, ognuno dovrà concedere che l'essere essa concessa nel caso di perimento non poteva escludere che " si accordasse anche mancando questo estremo „ Per vero gli è evidente che tutto il testo è dominato dal punto di vista della gestione!

In appoggio della interpolazione da lui sostenuta il Ferrini adduce poi un altro argomento tratto dalla connessione da esso rilevata fra il fr. in esame e i fr. 30 Dig. 19 1 e 23 Dig. 12 1.

1) Il Ferrini *Appunti* p. 106 afferma che al contrario il problema sarebbe stato più interessante nel caso contrario, quando cioè la cosa venduta non fosse andata fortuitamente perita, per la difficoltà che in tale ipotesi si avrebbe avuta di conciliare opportunamente i vari rimedi giuridici. Che però ai giuristi romani potesse sembrare più interessante una questione teorica ricostruttiva che una questione essenzialmente pratica non potrà in generale così facilmente stabilirsi. Certo è che, quando la cosa esiste, il mezzo più semplice e naturale, e certo anche il mezzo più frequentemente usato dal proprietario è la *rei vindictio*!

Il fr. 30 pure tolto dal libro 8 delle *Quaestiones* di Africano, e il fr. 23 dal lib. 2. della medesima opera. Si l'uno come l'altro di questi due frammenti concedono contro chi ha in buona fede consumato (fr. 30) o venduto (fr. 23) una cosa altrui un' azione per l' arricchimento! Senonchè il fr. 30 non ha per me alcuna decisiva importanza, giacchè io trovo ben naturale che nella fattispecie da esso considerata non si pensasse di accordare contro il consumatore della cosa altrui in buona fede un' *actio neg. gest.* Chi consuma una cosa non si può dire che *gerisca un affare*: ma chi non *gerisce* un affare non può essere tenuto *actione neg. gest.* Il fr. 23 è invece assai importante per la nostra ricerca. In esso abbiamo una fattispecie identica a quella trattata nel fr. 48(49), per la quale anzichè concedersi un' *actio neg. gest. (directa)* si concede una *condictio*. Gli è pertanto per salvare Africano da questa, che gli sembra una grave incongruenza ¹⁾, che il Ferrini si sente giustificato nella sua ipotesi di interpolazione. Ma qui sembra che al Ferrini sia sfuggito che nel fr. 23 Africano non parla punto a nome proprio, bensì riferisce l'opinione di Giuliano! Ora ben sappiamo aver avuto Africano grande venerazione pel proprio maestro, ma nulla però ci giustifica affermare che egli accettasse sempre e facesse proprie le opinioni del maestro ²⁾. Del resto su questi punti non occorre insistere, perchè anche quando fosse indubitabile aver Africano concesso nella fattispecie del fr. 23 una *condictio* e nella fattispecie del fr. 48 un' *actio neg. gest.*, non per questo sarebbe il caso di disperarsi. Intanto fra questi due frammenti, nei quali sono trattati due fattispecie eguali, non esiste quella stretta connessione topografica, che esiste invece, ma senza importanza, data la diversità di fattispecie, fra il fr. 48 e il fr. 30. Infatti il fr. 23 è preso dal libro 2. delle *quaestiones* ed il fr. 48 dal libro 8. delle medesime.

Ma ciò che è più decisivo dal punto di vista dell'attuale polemica, si è il considerare che il punto di vista della gestione non esclude quello dell'arricchimento e viceversa, ma questi due punti di vista concorrono ed eventualmente si completano. Noi

1) Giacchè sembra al Ferrini che le due fattispecie sieno identiche!

2) Vedi FERRINI *Fonti* p. 79.

sappiamo che in base ad una gestione può agirsi per il semplice arricchimento da essa prodotta: viceversa l'arricchimento, quando esista e sia perseguibile, non esclude punto, nè può escludere, che l'atto pel quale esso è stato realizzato sia per se stesso un atto giuridico fecondo di conseguenze giuridiche proprie (cfr. fr. 21 de her. et act. vendita 18, 4). Chi vende una cosa altrui gerisce in ciò fare un neg. obbiettivamente altrui e si espone conseguentemente all'*actio neg. gest. (directa)*. Che se poi pel concorso di altre circostanze egli resta¹⁾ per tale gestione arricchito a danno del *dominus*, potrà essere obbligato verso di lui a questo titolo senza cessare di esserlo *ex negotio gesto*. Ora se avvenga che i limiti delle due obbligazioni abbiano ad essere *bona fide* i medesimi — come nel caso che la vendita sia stata eseguita dal gestore in buona fede — allora si farà palese concorrere due azioni in base a diverse cause per il medesimo identico oggetto e allora il concederne l'una o l'altra azione dipenderà esclusivamente dal porsi la questione dal punto di vista dell'arricchimento o dal punto di vista della gestione. Non sarebbe pertanto a meravigliare che nelle giurisprudenza romana si avesse avuto in proposito incertezza ed oscillazione e quindi anche diversità di opinioni fra i vari giuristi¹⁾. Io penso tuttavia, anche ora, che la *condictio*, di cui tratta il fr. 23 cit., non sia che una *condictio certi ex negotio gesto*. Penso cioè che il punto di vista dell'arricchimento come meno esatto e corretto venisse nella giur. rom. in riguardo alla questione di cui ci occupiamo sopraffatto dal punto di vista della gestione. E qui naturalmente prescindo dai risultati in riguardo al sistema delle *condictiones* ottenuti recentemente dal Pernice e ai quali il Ferrini mi rimanda, giacchè più che entrare nelle discussioni di questo problema principale²⁾ mi preme qui consolidare la mia opinione di fronte

1) Così e. g. VOIGT *Die Cond. ob causam* p. 748. 813.

2) Quanto ai risultati ottenuti dal PERNICE nei suoi pregevolissimi *Parerga II* (Zeitschr. d. S. S. XIII 2 pp. 246 e segg.) osservo che per essi è certo posto fuor di dubbio che il fr. 9 Dig. 12 1 è interpolato sia nel pr. che nel § 1, 3, 4, e forse anche 8. Quanto alle deduzioni da trarsi da questa dimostrazione, credo che convenga andar molto

alle critiche mosse dal F. Ora il F. ritiene appunto essere grave argomento contro la tesi da me sostenuta l'inciso "*quasi ex re tua locupletior factus sim.*" che trovasi nel fr. 23 a giustificazione della decisione ivi data e che dovrebbe bastare a trarre questa decisione entro l'ambito delle azioni di arricchimento.

Ciò non mi sembra per lo stesso ammissibile: ma ove pure fosse non darebbe che un sostegno assai debole alla teoria del F. Infatti nel fr. 48 (49) Dig. 3, 5 il punto di vista dell'arricchimento non è da Africano rilevato in una sola parola. Domina invece il punto di vista della gestione, il che ben ci spiega come il fr. sia stato accolto a chiusa del titolo *de neg. gestis*.

Nel fr. 23 ci imbattiamo in una di quelle vaghe giustificazioni, colle quali i giuristi classici più che dar base teorica alle loro opinioni, volevano renderle impresse e accessibili alle menti popolari. Su tali giustificazioni non conviene costruire teorie; e infatti, ove ben si guardi, il richiamo all'arricchimento nel fr. 23 cit. è per se stesso inesatto e contraddittorio. Avendo Giuliano concessa la *condictio* per il prezzo, egli aveva già a priori fissato il contenuto dell'azione e quindi il criterio dell'arricchimento si palesava in prima linea superfluo. Ma inoltre anche contraddittorio, poichè l'arricchimento del venditore poteva essere minore od anche maggiore della somma rappresentata dal prezzo ritratto. Pertanto è evidente che, volendo raffigurare l'azione concessa nel fr. 23 come azione di arricchimento, conviene creare un tipo speciale di azione di arricchimento con un contenuto fisso, per il caso nel fr. medesimo trattato!

Io ritengo quindi che in rapporto alla vendita di cosa altrui eseguita in buona fede prevalesse nella giurisprudenza romana il punto di vista della gestione, come risulta da tutto l'andamento del fr. 48: il volere sopprimere in questo testo il nome

cauti: l'escludere in base ad essa che nell'epoca classica la *condictio certi* venisse applicata a cause diverse non mi sembra indubitabile.

Lascio tuttavia questa questione irrisolta, riconoscendo che ove io avessi conosciuto i lavori del Pernice sui quali il F. ha richiamato la mia intenzione, non avrei preso a risostenere la tesi del Donello sulla L. 23 Dig. 12, 1 con tanta risolutezza. È bene però avvertire che questa interpretazione non è punto necessaria a sostegno della tesi fondamentale da me sostenuta. Ciò risulta dal testo.

dell'azione in esso concessa non solo non è per se stesso giustificato, ma certo anche va contro la situazione del fr. nel titolo de neg. gestis, e contro il modo, nel quale il fr. medesimo è concepito.

e), fr. 12 § 1 Dig. 20 5.

Tryphoninus libro octavo disputationum.

Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu. et qualiquali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro celeret. Sed quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura lucrum sibi adquirat.

Io ho sostenuto che l'*actio utilis* concessa nella fine di questo fr. di Trifonino al *dominus rei* contro il debitore, che ha dato in pegno la cosa stessa al suo creditore, che poi l'ha venduta, è una *utilis actio neg. gest. contraria*. Sugli argomenti d'ordine generale e speciale addotti a sostegno di questa mia ipotesi non insisterò ulteriormente qui. Ammetto che il testo è equivoco e che la sua spiegazione piuttosto che essere decisiva nella determinazione dei requisiti dell'istituto dell'*actio neg. gest. (directa)* può, anzi deve, venire illuminata dalla teoria di questa azione indipendentemente ricostruita. Istruttivo è tuttavia esaminare la interpretazione che di esso dà il Ferrini e la confutazione che egli cerca dare alla mia esegesi. Al Ferrini questa sembra " *tutta quanta impossibile* „ E già anzitutto gli sembra ingiustificato l'ammettere che l'*actio utilis* del testo sia un addattamento dell'azione degli affari geriti. Più che ad un argomento siamo qui di fronte ad una impressione. L'applicazione dell'azione di gestione al caso di pignoramento di cose altrui poteva ben sembrare naturale dopo che la giurisprudenza aveva applicato il concetto della gestione alla vendita di cosa altrui! Che poi l'azione venisse accordata non contro il venditore della cosa, ma contro il debitore che l'aveva data in pegno, non potrà

sembrare così strano, come al Ferrini, a chiunque consideri che anche nel mandato di gestione di affari altrui l'azione si accordava contro il mandante e non contro il mandatario.¹⁾ E nel caso di *vendita di beni* non avveniva forse qualche cosa di simile?²⁾ A chi ben consideri, ammesso che l'azione di cui tratta il testo sia un'*actio neg. gest.*, sebbene *utilis*, sembrerà in sostanza naturale che essa competa contro il debitore piuttosto che contro il creditore, in quanto questo vende a soddisfazione del proprio credito e in base al contratto di pegno, e in quanto il debitore invece mediante il contratto di pegno riesce a liberarsi del suo debito.

Che se nella fine del testo l'*actio utilis* è accordata al *dominus* così contro il debitore come contro il compratore, si *necdum pignus evictum est*, da ciò non può certo argomentarsi con sicurezza contro la interpretazione da me sostenuta. Questo parallelismo di azioni, che giuricamente non riesce in alcun modo spiegabile, deve la sua origine ad una interpolazione giustinianea!³⁾

A tutte queste considerazioni io non vorrei tuttavia attribuire una importanza decisiva: anzi sarei disposto a lasciarle cadere di fronte ad una nuova interpretazione del testo, che si allontanasse da quelle fin qui date per essere piana naturale e non esposta a seri dubbi. Ma, se io non erro, a questo requisito non risponde il nuovo e ingegnoso tentativo esegetico del Ferrini. Per il Ferrini l'*actio utilis* del testo altro non sarebbe "che l'azione personale già spettante al creditore pignoratizio e ora data o al dominus o all'emptor con scambio di subbietti per entro la formula, quasi per una finta cessione „

Contro questa interpretazione sorgono tosto gravi obiezioni. Come può parlarsi di azione del creditore, esercitata con scambio di soggetti per entro la formula dal *dominus* o dall'*emptor*, mentre il testo medesimo esplicitamente dice che l'azione del creditore verso il debitore è senz'altro *extinta*?

Il contrapposto *sed quantum quidem quantum vero* sta piuttosto ad indicare che l'estinzione del rapporto obbligatorio non impedisce

1) PACCHIONI op. cit. p. 239 segg.

2) PACCHIONI ibidem.

3) Op. cit. p. 166.

il sorgere di altri rapporti. Che l'azione utile sia una nuova e diversa azione mi sembra risulti anche dalla giustificazione ad essa arrecata: *ne ex aliena jactura lucrum sibi adquirat*. In fine anche l'esser l'*actio utilis* accordata al *dominus* alla pari che al creditore, sta contro la teoria del Ferrini. Infatti non si comprende così facilmente perchè il terzo compratore di una cosa col patto da parte del venditore *de non praestanda evictione*, dovesse poter agire contro l'originario debitore. La compra con patto *de non praestanda evictione* contiene in se stessa un elemento aleatorio il quale esclude da parte del compratore, nel caso di evizione, il riconoscimento di un danno ingiustamente sentito. ¹⁾

CONCLUSIONE

Giunto così alla fine della esegesi dei testi è tempo di raccogliere in breve espressione i risultati da essa ottenuti. Questi confermano, se io non erro, le conclusioni fondamentali, alle quali in riguardo alla teoria delle azioni *neg. gest.* io sono pervenuto nel mio libro. La gestione non è un istituto unico, ma duplice. Il nuovo tentativo del Ferrini per dare alle due azioni i medesimi requisiti, e rimettere a galla sotto forma ben diversa e più naturale l'antica dottrina del quasi contratto, sebbene pregevolissimo in più dettagli, e sempre perspicace ed arguto nel suo svolgimento, deve a mio avviso considerarsi fallito. Questa unità di fondamento, che vuolsi dare alle due azioni *neg. gest.*, non è necessaria, ma più ancora non è possibile senza sforzi di artifici. Il substrato sociale delle due azioni è diverso: diverso è il bisogno, a cui esse rispondono. Diversa altresì deve essere la loro costruzione e il loro fondamento giuridico, se pure non vogliasi per amore di schemi e ricostruzioni giuridiche sacrificare la sostanza reale delle cose, e trasmutare senza bisogno i rapporti quali si presentano nella vita, elevandoli nelle sfere del diritto. Più che ad ogni ingegnosa e sottile esegesi a questo concetto naturalistico si ricollega la ricostruzione delle azioni, che io ritengo più spontanea e vera. Essa quindi non ha la sua ragione

1) Cfr. fr. 22 § 4 Dig. 13 7.

d'essere solo in se stessa. È l'espressione di un criterio, che saggiamente applicato dovrebbe in molti altri campi contribuire a dare ai concetti dogmatici tipici, che la dottrina ha tramandato, quella importanza che loro spetta e non una maggiore, a ricercare invece con cura tutte le sfumature delle forme, colle quali il diritto ricopre la vita nelle sue più molteplici manifestazioni. Se però io non posso unirmi al Ferrini in riguardo alle tesi fondamentali, che egli svolge nel suo lavoro, ben sento il dovere di riconoscere la giustezza di varie sue osservazioni, colle quali egli dà maggior base alla dimostrazione di quei punti, nei quali egli s'accorda con me, ed anche in riguardo a diversi punti nei quali invece da me si allontana. Il suo studio costituisce uno dei contributi più acuti per la teoria delle azioni neg. gest., il valore del quale non resterebbe certo scemato, anche quando, come a me sembra, i risultati, ai quali egli perviene, non fossero accettabili. Ogni acuto e profondo tentativo per sostenere una teoria tradizionale, ma non fondata, costituisce un elemento necessario per la definitiva sua confutazione. In questo senso i lavori più infecondi possono essere spesso considerati i più utili. In questo senso questo lavoro del Ferrini dovrebbe pur sempre essere considerato notevole ed importante, anche quando esso avesse servito soltanto a dimostrare che nessuno sforzo di talento acuto ed erudito può servire a sostenere una dottrina sostanzialmente infondata.

Innsbruck, Marzo 1895.

G. PACCHIONI

Correzioni ed aggiunte all'articolo sulla LEGGE MUNICIPALE TARENTINA

Nella prima linea del testo della legge a pag. 8 è preferibile leggere *neive qu[is] quod* invece di *neive qu[od] quod*, essendo quella lezione più conforme allo stile della nostra legge e anche alla legge *Iulia peculatus*: confr. l. 1 Dig. ad l. Iul. pecul. 48, 13. Questa correzione mi ha suggerita il cñ.mo prof. V. Spinazzola.

A pag. 8 linea 21 del testo della legge deve, a parer mio, leggersi *quodque [quoi]que neg[oti]*, che corrisponde meglio allo spazio della lacuna, invece di *quodque [quoi]que neg[otium]*: così si spiega pure senz' altro il *negotive publicci* seguente, e cadono le osservazioni fatte a pag. 10 linea 7 seg.

A pag. 10 linea 14 segg. ho proposto, specialmente indottovi dal confronto con la *lex Iulia peculatus*, di integrare la terza linea della legge. Ad alcuni la proposta sembra troppo arrischiata, e non vogliono toccare il testo. In tal caso, il *publicum* dovrà interpretarsi come sostantivo nel senso di finanza, patrimonio pubblico, il che può anche essere. Meno probabile mi sembrerebbe il considerare *peius* come sostantivo.

A pag. 11 linea 29 invece di *quei primi* si legga *quei primei*.

A pag. 17 linea 4 si legga *conferma* invece di *ferma*; e a linea 7 *la* invece di *parola*.

Pur troppo vi saranno anche molti altri errori di sostanza e di forma, che l'indulgente lettore mi perdonerà e correggerà da sè stesso.

VITTORIO SCIALOJA

Le formule procedurali nella seconda appendice delle *Exceptiones Petri*

Nel fascicolo I-III dell'ottava annata di questo Bullettino il Patetta, discorrendo della mia edizione della *Summa Codicis* e delle *Questiones* di Irnerio, a pag. 78 segg. ha anche distesamente trattato delle formule procedurali nominate nel titolo. Io ho tralasciato, nella mia replica (*Zeitschrift der Sav. Stift. für Rechtsgeschichte XVII* Rom. Abth. pag. 1 segg.), di entrare in questa parte della sua discussione, poichè per la soluzione della questione principale, se cioè Irnerio sia il vero autore delle opere succitate, la soluzione delle questioni relative al tempo e alla patria delle suddette formule è affatto priva d'importanza. E neanche ora è mia intenzione di occuparmi nuovamente di codeste questioni; ma voglio piuttosto far cosa alquanto più utile. Affinchè coloro, che in futuro avranno a trattarne, abbiano una base più solida e più sicura, io presenterò qui al lettore le formule nei tre diversi testi, nei quali esse sono fino ad ora note.

Innanzitutto vanno indicate le fonti della presente edizione.

1) In quella lezione, che rispetto alle altre è, come in seguito si dimostrerà, la più antica, ci son trasmesse le formule contenute nel manoscritto della biblioteca universitaria di Leida, distinto col "*N. I. der Handschriften van wijlen Prof. W. M. d'Ablaing*", del quale io detti una minuta descrizione nella mia edizione delle *Questiones de iuris subtilitatibus* di Irnerio (pag. 5 segg.). Esse ivi si trovano nel fol. VIII col. 1 v. 41-50, col. 4

v. 37-col. 5 v. 12, scritte da una mano della fine del XII secolo, e sono state da me personalmente copiate. Questo manoscritto distinguerò colla lettera *L*. Risale, a quanto pare, ad un manoscritto molto antico, poichè nel testo delle formule manca del tutto, ed anche altrove manca quasi del tutto, qualsiasi segno d'interpunzione.

2) A questa più antica lezione segue molto dappresso quella, in cui appaiono le formule contenute nel manoscritto delle Istituzioni della Biblioteca Nazionale di Parigi 4422 (XIII secolo), e che sulla base di codesto manoscritto sono state pubblicate dal CONRAT, *Epitome Exactis regibus*, pag. CXXI seg. Io designo questa seconda lezione con la lettera *P*, e la dò attenendomi all'edizione del Conrat.

3) In una terza lezione infine, che si discosta alquanto dall'altre, si trovano le formule, come seconda parte della seconda appendice alle *Exceptiones Legum Romanorum* di Pietro nella edizione a stampa di Strasburgo del Petrus (1500), qui indicata con *Ed.*, e scritte da mano del XIII secolo, nei fol. 136^a e 136^b del manoscritto esistente nella Biblioteca del Capitolo metropolitano del Duomo di Praga J. LXXIV, che già fu descritto nei miei *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, pag. 7, e che io qui distinguerò con *Pr.* In codesto manoscritto alle nostre formule fa seguito un'altra formula, che se non vi appartiene direttamente, pur è con esse strettamente congiunta, e che ha avuto una grande importanza nella disamina delle questioni circa il tempo e la patria delle formule. E perciò appunto io l'aggiungo anche qui. Come base della presente edizione, io mi servirò della stampa dei testi di Praga, che ho data nel mio succitato libro p. 170 seg., e che è esattissima.

Ed ora possiamo far seguire l'edizione dei testi. A render più facile il confronto, ho creduto opportuno porre le tre lezioni delle formule una accanto all'altra. Il testo di ciascuna è stato naturalmente corretto con l'aiuto dell'altre; ed ognuna di queste correzioni è, per maggiore evidenza, stampata in corsivo. Le parentesi quadre, che racchiudono parole in corsivo, indicano le aggiunte; quelle simili, ma non contenenti parole in corsivo, stanno a designare la necessità, che queste parole sieno soppresse.

I [L]ibel[l]us conuen- tionis.	II. Libellum conuen- tionis.	III.
Legum iustissima- rum metuens penam persequi sine iudice rem dubitavi atque ad uos uenio agens ad- uersus Titium meum fundum possidentem ex uenditione et tra- ditione Meuii ad me pertinentem. Ego Ga- ius hanc postulatio- nem contra Titium deposui.	Legum iustissima- rum metuens penas persequi sine iudice dubitavi rem debi- tam atque ideo ad uos uenio agens ad- uersus Titium For- tidianum fundum possidente[m] ex uenditione et tradi- tione Meuii ad me pertinentem--alias: decem aureos ex mutuo mihi deben- te[m]. Ego Gaius apud Publium ¹ iu- dicem hanc postu- lationem contra Ti- cium deposui.	Aduersus Titium denarios C debente[m] michi aureos ex mu- tuo — uel: Cornelia- num meum fundum possidentem ex uen- ditione et traditione Meuii ad me perti- nentem ² ego Gaius a- pud iudicem Publium hanc postulationem contra Ticium depo- sui.
Libellus ammo- nitionis.	Libellum ammoni- torium.	De <i>sententia</i> ⁸ amonitoria.
Gaii ³ interpellatio- ne commoti audien- tiam nostram contra te [sibi] ⁴ fieri inplo- ran[tis] monere te ne- cessarium duximus, ut eius conuentione considerata ⁵ aut con- fessus satisfacias po-	Gai ex interpel- latione commoti ⁶ audientiam nostram contra te sibi fieri implorantis ⁷ ammo- nere te necessarium duximus, ut eius conuentione consi- derata aut confessus	Gaii ⁹ ex interpella- tione audientiam no- stram ¹⁰ contra [te] ¹¹ sibi fieri implorantis ammonere te neces- sarium duximus, ut eius conuentione con- siderata aut confes- sus ¹² satis fatias ¹³

¹ Publicum *P.* ² pertinere *Pr. Ed.* ³ Gagi *L.* ⁴ sibi] *P. Pr. Ed.* ⁵ desiderata *L.*
⁶ commati *P.* ⁷ imploratus *P.* ⁸ ineptica *Pr. ineptica Ed.* ⁹ G.agi *Pr. Ed.* ¹¹ mium *Pr.*
Ed. ¹¹ te] *L. P.* ¹² consensus *Pr. Ed.* ¹³ satis fatiat *Pr. satisfaciatur Ed.*

stulanti aut contradi-
cens legitime te de-
fendas.

postulanti satis fa-
cias aut contra di-
cens legitime te de-
fendas.

postulanti aut contra-
dice[n]s legitime te
defendas.

Libellus recusationis.

Libellum recu-
sationis.

Quia Publium ini-
quum esse discepta-
torem¹⁴ cause suspico,
litis inter me et G.
auditorem esse recuso.

Quia Publium ini-
quum¹⁵ esse causa-
rum disceptatorem
suspico, litis inter
me et Gaium iure
auditorem esse re-
cuso.

[L]ibellus accu-
sationis.

Libellum accu-
sationis.

Idcirco iuris pu-
blici tutela uidetur
in medio constituta,
ut quis per se nec
de criminibus quead
exercere uindictam.
et hac de causa ad
uos ueniens Se. ac-
cuso atque ultionem
de crimine illo legi-
time exposco. Ego
Gaius hanc accusa-
tionem apud Publium
iudicem contra Sem-
pronium deposui in-
perii illius sacratis-
simi inperatoris an-
no tali indictione illa
mensis illius die illo.

Idcirco iuris pu-
blici uidetur¹⁶ con-
stituta tutela, ne
quis per se de cri-
minibus queat exer-
cere uindictam. et¹⁷
hac de causa ego ad
uos ueniens Sim-
phronium accuso at-
que ultionem de cri-
mine illo legitimam
posco. Ego Gaius
hanc accusationem
apud Publium iudi-
cem contra Sim-
phronium deposui
illius sacratissimi
Augusti anno tali
indictione illa men-
sis illius die illa.

¹⁴ disceptatorem L. ¹⁵ Publicium iudicem P. ¹⁶ iudicatur P. ¹⁷ ex P.

Libellus contra-
dictionis.

In ius uocatus si in respondendo [iuri]¹⁸ parere dedignatur, iuris beneficio sine iudice eum ledi prohibentis indig[n]us esse uidetur. intentioni itaque Gaii¹⁹ contra me late falsitatem inesse dico, quia fundum quem petit nunquam sibi traditum fuisse confido. — [Aliter]:²⁰ intentionem itaque Gaii²⁶ contra me latam licet efficacem esse non nego, attamen aduersus me allegari iniquum²⁷ esse confido. — Aliter: intentionem itaque Gaii²⁸ contra me latam [non]²⁹ dubiam michi uideri dico, attamen me [illa]³⁰ allegatione munitum

 Libellum contra-
dictionis.

In ius uocatus si in respondendo iuri parere dedignatur, iuris beneficio sine iudice eum ledi prohibentis indignus esse uidetur. intentioni itaque Gaii contra me late falsitatem inesse dico, quia fundum quem petit nunquam sibi traditum fuisse confido. — [Aliter]:²⁰ intentionem itaque Gaii contra me latam licet efficacem esse non nego, attamen aduersus [eam] tali allegatione³¹ me esse munitum, illam iniquam esse confido. Noticia temporis quo acceptus est libellus conuentio- nis: imperii illius

 De libello
contradictionis.

In ius uocatus in respondendo iuri parere dedignatur, iuris beneficio sine²¹ iudice eum ledi [prohibentis]²² indignus²³ esse uidetur. intentioni²⁴ itaque Gaii contra me late falsitatem inesse dico, quia fundum quem suppetit nunquam sibi traditum esse confido.²⁵ — Aliter: itaque [est] intentio[nem]³² Gaii contra me latam non dubia[m] michi uideri³³ dico, attamen allegatione³⁴ illa me esse munitum dico. — Item: intentionem itaque Gaii contra me latam licet efficacem esse³⁵ non nego, at tamen me illa³⁶ allegatio-

18 iuri] *P. Pr. Ed.* 19 Gagi *L.20 Aliter*] *Pr. Ed.* 21 ueneficio siue *Ed.* 22 prohibentis] *L. P.* 2; indignus *Pr. Ed.* 24 intentionem *Pr.* 25 Magna negligentia culpa est. Magna culpa dolus est. Omnis res in ciuili forma (foro *Ed.*), negligere nobis licet (nobis non licet *Ed.*), quasi excedo, de pretio nite, erit (defraudacio in me erit. *Ed.*), post modum nero lata culpa dolo comparatur. *sequuntur in Pr. et Ed.* 26 Gagi *L.* 27 allegare iniquam *L.* 28 Gagi *L.* 29 non] *Pr. Ed.* 30 illa] *Pr. Ed.* 31 aduersus talem allegationem *P.* 32 est intentio *Pr.* est intencionem *Ed.* 33 non dubiam uideri mihi *Ed.* 34 illigatione *Ed.* 35. & *Ed.* 36 illa nunquam *Ed.*

esse confido. Notitia temporis quo acceptus libellus conuentionis.

sacratissimi Augusti anno tali indictione decima mensis Madii die quinta.

ne ³⁷ munitum esse confido. Noticia temporis quo acceptus est conuentionis libellus ³⁸: imperii illius sacratissimi Augusti anno nono [imperante] indictione X. mense maii die V.

Libellum peremptorii edicti.

Litigatore detrectante uenire ad iudicem uno misso edicto licet cause sententiam ³⁹ ferre, unde tibi uenire ad causam deneganti scias abhinc dilationem non esse concessam.

Denuntiatio.

Ad ius uenire non deneganti equum est sollemniter denuntiare moranti. quare ad nos uenire non dubites nec causam tuam iure tueri formides. — Item: Vna denuntiatione citatus si differat, non-

De trinis.

Ad ius non deneganti uenire equum est sollemniter denuntiare moranti. ⁴² quare ad nos uenire non dubites nec causam [tuam] ⁴³ tueri iure formides. — Secunda allegatio. Vna denuntiatione ⁴⁴

De recusatione iudicis. ⁵⁰

Ad ius uenire non deneganti *equum est* ⁵¹ sollemniter [de]nuntiare moranti ⁵². quare ad nos uenire ne dubites nec causam tuam tueri iure formides. — Vna denuntiatione citatus si differat, nondum uide-

³⁷ alligazione *Pr.* ³⁸ libellum *Pr.* ³⁹ causam sententie *P.* ⁴² moranti *P.* ⁴³ tuam] *L. Pr. Ed.* ⁴⁴ demonstratione *P.* ⁵⁰ *Sic Pr. et Ed.* ⁵¹ eum quem *Pr.* cum quem *Ed.* ⁵² nuntiarī nūtiū *Pr.* nuntiari nominatim *Ed.*

dum uidetur contumaciter abesse credendus. quam ob rem nos iterum citare te non piget, ut in te uidearis seueritatem legis ⁴⁰ prouocare benigne. — ¶ Tertio ad ius uocata persona absentis consequens est examinari allegationes presentis. si igitur posthac ad nos uenire distuleris, tue contumacie, si *quid* ⁴¹ acciderit, imputabis.

citatus si differat, nondum uidetur contumaciter abesse ⁴⁵ credendus. quam ⁴⁶ ob rem nos iterum te citare non piget, ut in te ⁴⁷ uidearis seueritatem ⁴⁸ legis prouocare benigne. — Tertia allegatio. Tercio ad ius uocata persona absentis consequens est allegationes examinare presentis. si igitur posthac ⁴⁹ ad nos uenire distuleris, tue contumacie, si quid acciderit, imputabis.

tur contumaciter abesse *credendus* ⁵³. quam ob rem nos citare te iterum non piget ⁵⁴, ut in te ⁵⁵ uidearis legis seueritatem prouocare ⁵⁶ benigne. — ¶ Tertio ⁵⁷ ad ius uocata ⁵⁸ persona absentis consequens est allegationes ⁵⁹ examinare presentis. si igitur posthac ad nos uenire distuleris, tue contumacie, si quid acciderit, imputabis. ⁶⁰

Peremptorium edictum.

In edicto, postquam solet cognosci, examinationis et sententie comminatio debet ostendi. *quare posthac* ⁶¹ nisi ad iudicium ueneris, presentis ⁶² allegationes audiam et causa cognita sententiam feram.

⁴⁰ securitatem legi L. ⁴¹ quod L. ⁴⁵ adesse P. ⁴⁶ suam P. ⁴⁷ item P. ⁴⁸ se ueritatem P. ⁴⁹ post hanc P. ⁵³ tradendum Pr. Ed. ⁵⁴ piegeret Pr. ⁵⁵ in te] vite Ed. ⁵⁶ serenitatem procreare Pr. Ed. ⁵⁷ Tertio Pr. ⁵⁸ uocati Pr. Ed. ⁵⁹ allegationes Pr.

⁶⁰ imputabit Pr. ⁶¹ qñ (= quando) ac post (*pro* qre postac) ⁶² presentes L.

Ego Leo Meuiam
 ream de crimine adul-
 terii accuso, *quod* ⁶³
 scio illam cum Gaio
 Seio in ciuitate Rome
 in domum martium ⁶⁴
 commisisse. Mense
 martii die tercia hu-
 ius accusationis libel-
 lum tibi iudici dedi
 eique Cintio prefecto
 preturio prefectatum
 regente subscripsi.

Di questi tre testi, quello del manoscritto di Leida è da considerarsi come il più antico, perchè è l'unico, chè nel *Libellus conventionis* parli soltanto di un'azione reale e non anche di un'azione di mutuo. Che quella poi corrisponda alla concezione originaria delle formule e che l'aggiunta dell'azione di mutuo sia una amplificazione posteriore, apparisce chiaro dalla circostanza, che in tutti e tre i testi il *Libellus contradictionis* risponde soltanto ad un'azione reale e mostra la triplice forma come il convenuto possa opporsi a tale azione: negazione del fondamento delle pretese sollevate dall'attore, confessione di tale fondamento allegando a propria difesa l'*exceptio doli generalis*, simile confessione unita ad una speciale *exceptio*. E questa conclusione è appoggiata dall'osservazione, che anche nel cosiddetto libro quarto dello scritto di PIACENTINO *De varietate actionum*, nel quale per primo il CONRAT *Epitome Exactis regibus* pag CXXIX seg. ha mostrata l'esistenza del *Libellus conventionis* delle nostre formule, questo *Libellus* — conforme in tutto il resto alla lezione del manoscritto parigino — contiene soltanto un'azione reale. Esso infatti è così concepito:

Legum iustissimarum metuens poenas, persequi sine in-
 dice rem mihi debitam (dubitaui *ins.*), atque adeo (ideo *scrib.*)
 ad uos scientia iuris tam subtilissimum quam benignum ad-
 cedo agens contra Titium Fortidianum fundum possidentem

ex uenditione uel (et scrib.) traditione ad me pertinentem. Ego Caius hanc postulationem die tali mense tali contra Titium depono.

Al qual proposito si osservi, che la parola *Fortidianum*, la quale ricorre qui come nel manoscritto parigino, dev'essere sorta, a mio parere, in seguito ad un errore di lettura dell'altra *Cornelianum*, allo stesso modo che il *Simphronius* contenuto nel *Libellus accusationis* del manoscritto parigino non è evidentemente altro che il *Sempronius* del testo di Leida.

Altra traccia dell'uso delle nostre formule offre quell'*Ordo iudiciarius*, che prima dallo Schulte fu reso noto col nome di *Summa Legum Codicis Gottwicensis* N. 38, e poi fu pubblicato da Carl Gross (Innsbruck, 1870), composto in Francia, probabilmente a Parigi, tra il 1170 e il 1180. Quest'opera giuridica infatti contiene tra l'altre le seguenti formule (ed. Gross, pag. 249 seg.):

Ego W. iudex ordinarius notum tibi facio, Richarde, Hugonem quaerimoniam de te apud me exposuisse, quapropter te cito nel admoneo ad iudicem uenire.

Quoniam ego W. iudex te, Richarde, uno edicto uocatum non uenisse cognoui, ideo te secundo cito et ut possim praecipio, quatinus ad iudicium aduersario tuo H. responsurus uenias.

Quoniam ego W. te Rich. primo et secundo edicto citatum ad causam non uenisse cognoui, eapropter tertium edictum peremptorium tibi mitto, in quo tibi notifico, me nunc amplius te non citaturum, immo allegationes praesentis auditorum et, prout iuris ordo exigit, pronunciaturum uel sic sententiam laturum. ¹⁾

La grande rassomiglianza di queste formule e delle loro espressioni con la *Denuntiatio* e col *Peremptorium edictum* dei testi di Leida salta da sè stessa agli occhi.

HERMANN FITTING

Halle, maggio 1896.

¹⁾ Nell'edizione del Gross queste formule sono distinte coi numeri 8. 9. 10

L'importanza delle preposizioni nel linguaggio giuridico, dimostrata dai papiri egiziani

Prima ancora delle indagini fatte nello scorso decennio, già si era da tutti riconosciuto quanta importanza avessero, per la interpretazione delle fonti giuridiche, gli usi speciali e le particolari significazioni, che in esse hanno le parole tecniche come *actio*, *judicium*, e simili. L'uso proprio però delle preposizioni in quelle medesime fonti non è stato fin qui obbietto precipuo d'osservazioni; io vi sono stato indotto negli anni, in cui mi son dovuto occupare delle parole adoperate nel digesto per il vocabolario. E innanzi tutto, a sostenere l'importanza di tale studio, addurrò alcuni esempi, i quali meglio varranno a dimostrare l'utilità delle considerazioni, che qui mi son proposto di fare.

Nell'editto del pretore noi troviamo, in certi casi, adoperata la preposizione *penes* in luogo di *apud*. Orbene, in seguito a questa osservazione, nasce il sospetto, che quei testi, nei quali ricorre quella preposizione, appartengano in origine all'editto pretorio, donde la suddetta preposizione è poi passata nel linguaggio degli scrittori. Nè questa osservazione rimase infruttuosa o limitata ad un puro valor sistematico; chè anzi sortì effetti importantissimi per opera del Lenel;¹⁾ il quale, avendo trovato quel-

1) Zeitschrift der Savigny-Stiftung VIII, p. 200.

la preposizione in un passo di Giavoleno (l. 23 de usurp. 41,3) cui fino allora non s'era mai riusciti a dare una netta interpretazione, potè trarne la conclusione, ormai da tutti accettata, che Giavoleno in questo suo testo discorre dell' interdetto *utrubi* e non già della usucapione, come s' era sempre ritenuto; risparmiando così inutili sforzi agli studiosi, che tentavano di conciliare quel testo con la dottrina generale della usucapione.

Nelle tavole cerate, scoperte a Pompei nel 1887, si leggono queste parole: *emit ob sestertios*. Io ebbi già altra volta ad occuparmi in questo medesimo Bullettino di codeste tavole e sostenni allora, che contenessero un documento d'un contratto fiduciario e non di una vera compra-vendita. E di quella opinione si fece sostenitore l'Eck nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, IX, p. 72 segg. con così buoni argomenti, che quasi tutti furono indotti ad accettarla. Vi fu contrario soltanto il Karlowa, al quale non è parso impossibile, che la frase *emit ob sestertios* ricorresse in un contratto di compravendita.¹⁾ La qual cosa egli affermava, senza addurre però alcun esempio, che valesse a sostenere la sua opinione. Per risolvere la questione era pertanto necessario esaminare tutti i testi, ove si trova la preposizione *ob*, per dimostrare che essa non si riscontra mai nel senso di prezzo di compra.

Ed anche qui adunque appare evidente la grandissima utilità, che da un attento esame degli usi e delle significazioni delle preposizioni nel digesto si può legittimamente trarre.

E citerò ancora un altro esempio. In un papiro dell' anno circa 350 p. C., pubblicato nel 1894 dal Mitteis, ricorre questa frase: *εἴσω ἄλλων ἡμερῶν πέντε*. Ora il Mitteis (*Streitschriften*, estratto dal *Corpus Papyrorum Raineri*), supponendo che la preposizione *εἴσω* valesse qui lo stesso che *ἐν* = *dopo* (cinque giorni), dette a quel testo una interpretazione affatto diversa da quella, che se ne trarrebbe, traducendo *εἴσω* col suo normale significato di *entro*, *nello spazio di*. Egli stesso però s' avvide, come, a prova ed a conferma di quella sua interpretazione, non bastasse addurre soltanto la scoperta del Kipp, secondo il quale in più leggi del secolo IX si trovano adoperate le parole *intra*

1) Röm. Rechtsgeschichte II p. 573.

quattuor menses per significare *die ultimo mensis quarti*,¹⁾ ma come fosse necessario cercarne le prove in qualche testo più classico. V'ha un passo di Paolo, al quale il Mitteis vuole appunto applicare questa interpretazione; nel che io da lui dissento, poichè parmi esso s'abbia a spiegare in un altro senso (cfr. *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung*, XV p. 118). Ma io credo che ad una sicura interpretazione non si possa peranco venire, se non si voglia prima porre a raffronto i testi del digesto, nei quali occorre la preposizione *intra*.

Questo ricordo dei papiri mi riconduce al tema di questo articolo.

Il primo volume delle pubblicazioni del Museo Berlinese reca nell'ultimo fascicolo gli *Indices und Nachträge*. Tra questi indici compilati con molta cura dal dr. Krebs, degno di particolare osservazione è il *Wortindex*; un *index potiorum verborum*. E di esso, poichè la pubblicazione ha carattere provvisorio e l'*index* non è quindi completo, nè definitivo, io mi permetterò, senza alcuna intenzione di biasimare, di notar le lacune. Nonostante la somma diligenza del Krebs, che volentieri riconosco, mancano le indicazioni delle preposizioni, necessarie per molte ricerche.

Vedremo anche per questa parte quanto utile interprete del diritto romano sia la lingua greca.

I. Μετά e Διά. Nei nostri papiri vien fatto d'incontrar frequentemente dei passi, che riguardano le donne. Queste non potevano fare alcun atto senza l'assistenza del tutore, il κύριος; e questo κύριος poteva essere il padre, il marito, il figlio (sebbene questi si trovasse egli stesso: ἐντὸς τοῦ Αἰτωπίου νόμου) o qualche altra persona: si tratta dunque della *tutela mulierum* del diritto romano trasportata nell'egiziano o nel greco. E come la moglie e il pupillo nel diritto romano hanno la capacità di con-

1) KIPP, *Litisdemonstration*, p. 228. Di grande interesse è a questo riguardo un fatto, gentilmente comunicatomi dal sign. Merguet, autore del Vocabolario Ciceroniano. A Koenigsberg si suole cambiar casa non il primo nè l'ultimo, ma il settimo giorno del mese, e ciò perchè, come osserva il Merguet, nei tempi antichi s'usava accordare un termine di sette giorni pel tramutamento. Ora, essendo invalsa la costumanza di sloggiare precisamente nell'ultimo giorno del termine accordato, si ha oggi appunto quest'uso, che sembra strano. Avviene dunque in questo caso il medesimo fenomeno, che il KIPP notava per l'appellazione.

chiudere un negozio giuridico, *auctore tutore*, così parimenti le donne egiziane intervengono nel negozio *μετὰ κυρίου* e possono per esempio, concludere esse medesime una compravendita, con l'assistenza del *κύριος*. Il quale dunque non ha altro ufficio, che quello d'integrare con la sua presenza l'atto compiuto dalla donna, e di non farvi opposizione, come ben appare dai testi notarili, che ci son rimasti: *ὁμολογεῖ* — [nome] *μετὰ κυρίου* — [nome] *μετὰ κυρίου ὁμολογεῖ*. Il *κύριος* non interloquisce; e se sottoscrive in luogo della donna ¹⁾ dichiara d'aver sottoscritto in nome di lei, nè parla del suo *consensus* ²⁾.

Ogni qualvolta adunque verrà fatto d'incontrare un testo ove sia adoperata in questo senso la preposizione *μετά* si potrà affermare trattarsi di testi che si riferiscono ad atti compiuti da donne.

Se la donna contratta *tutore auctore*, il *furiosus* non compie i negozi giuridici coll'assistenza del curatore, ma mediante il curatore; questi compie da sé solo l'atto. Così, quando in un negozio giuridico interviene il *φροντιστής*, il *dominus negotii* agisce *διὰ φροντιστοῦ*; interviene il *φροντιστής*, il *dominus negotii* è assente, l'atto è sottoscritto dal *φροντιστής*. N. 427,25: *Ἀμμώνιος διὰ φροντιστοῦ Πανεφρέμμεως πέπρακα*. Si potrebbe però sospettare, che anche qui parli o scriva il *dominus negotii*, come là scrive la donna: *μετὰ κυρίου πέπρακα*. Ma non è così, perchè il medesimo documento reca le parole: *Πανεφρέμμις παρῆξεται τὸν Ἀμμώνιον εὐδοκῶντα* (v. 20). Se dunque nella sottoscrizione non è detto *εὐδοκῶ*, ma *πέπρακα*, si può ben affermare che non parla *Ἀμμώνιος*, ma *Πανεφρέμμις*. Quindi dove si trova la preposizione *διὰ*, vi sarà sempre un curatore che agisce in nome del *dominus negotii*.

La medesima preposizione poi ricorre in altri due casi:

a) Nel processo civile l'intervento del *ῥήτωρ* o dell' *ἐκδικος* vien così annunziato: *Τοῦ Ἀφροδείσιου διὰ Σωτηρίχου ῥήτορος εἰπόντος* (Pap. Erz. Raineri — *Zeitschr.* XII, p. 286, v. 6), ove

1) Vedasi, p. es., il papiro N. 350,24.

2) Forma eccezione a questa regola ciò che *Ἀγχορίμμις* dice nel N. 153: *ἔγραψα καὶ ὑπὲρ αὐτῆς μὴ εἰτύεις [= μὴ εἰδύεις] γράμματα*.

senza dubbio è il ῥήτωρ che parla e non Afrodizio; in un altro luogo (N. 136,4): Ταποντῶς δι' ἐκδίκου Πασίανος τοῦ ἀνδρός, dove l' ἐκδικος ha sempre un ῥήτωρ. Con questa differenza però che il ῥήτωρ parla ὑπὲρ τοῦ Πασίανος, e Ταποντῶς procede διὰ Πασίανος τοῦ ἀνδρός, il quale, introdotto colla nostra preposizione, non è un tutor, ma un procurator, per mezzo del quale la donna agisce.

b). Molto più interessante è la terza applicazione della preposizione διὰ nelle diverse διαγραφαί, alle quali accennerò qui brevemente. Codesti documenti sono di quattro generi, e cioè il χαίρειν (epistula), l'ὁμολογία, l'ὑπόμνημα e la διαγραφή. Χαίρειν Ille illi salutem è di regola un χειρόγραφον del debitore, che si adopera tanto nei contratti di mutuo, quanto in quelli di compravendita.

Ὑπόμνημα. Τῷ (creditori) παρὰ τοῦ (debitoris). Mentre nell' epistula il dichiarante parla in prima persona, nell'ὑπόμνημα invece parla in terza persona, per la ragione che l'ὑπόμνημα viene usato in casi più complicati. cf. Wilcken, Hermes XXII p. 4 segg.

Ὁμολογία. È una dichiarazione notarile fatta dal debitore, come nel caso di un contratto di mutuo, o dal venditore (quando questi si dichiara tenuto per l'evizione, o dichiara di ricevere il prezzo) o anche dal creditore (apocha). Nel testo si dice che il debitore dichiara (ὁμολογεῖ) tali e tali cose, e nella sottoscrizione il debitore ripete, parlando in prima persona, il contenuto dell'atto.

Διαγραφή. È quello che più c'interessa. Come il vaglia cambiario porta la sottoscrizione di colui, che parla anche nella lettera (pagherò), così l'ὁμολογία reca la sottoscrizione dell' ὁμολογῶν stesso; ma come la cambiale tratta è un mandato di pagare sottoscritto, ed accettato quindi da colui, al quale la lettera è indirizzata, così la διαγραφή è un mandato dato da colui che parla, a colui che sottoscrive; è un mandato cioè, col quale si ordina di riconoscere con la propria sottoscrizione la verità del fatto, raccontato nel testo. Onde s'inferisce, che a) se le διαγραφαί sono ἀποχαί, mentre nel testo è il debitore che parla, sarà il creditore quegli che sottoscriverà; b) se esse sono ἀναί, le parole del testo saranno del compratore e la sottoscrizione del ven-

ditore; c) e se infine *χρήσεις*, il testo è del creditore, del debitore la sottoscrizione. La grande importanza di queste specie di *διαγραφαί* è determinata poi anche dall'assenza completa di un verbo, come *ὁμολογεῖν*, *χαίρειν*; in esse è detto soltanto *Titius Seio accepisse eum* (scil. *Sejum*), e vi si può aggiungere un verbo, come *notum facit*, oppure *petit ut subscribat*, ma non può però mai introdursi la parola *ὁμολογεῖ*.

Mi sembra utile pertanto porgere qui un esempio di due vendite, dalla cui comparazione qualche buon risultato si potrà ritrarre.

A. N. 153 — *ὁμολογία*: (Data) v. 5 segg. *Ὁμολογεῖ Titia Sejo et Maevio πεπρακέναι τὴν ὁμολογοῦσαν Titiam Seio et Maevio τὴν ὑπάρχουσαν αὐτῇ Titiae κάμηλον μίαν τελείαν θήλειαν... καὶ ἀπέχειν τὴν Titiam παρὰ Seji et Maevii τὴν συμπεφωνημένην τοῦ καμήλου etc.*

Subscriptio, v. 30: *Titia ὁμολογῶ πεπρακέναι Sejo et Maevio κοινὸς τὴν προγιμέ[ν]ην κάμηλον μίαν θήλειαν τελίαν... καὶ ἀπέχω τὴν τιμὴν etc.* Segue la sottoscrizione dei compratori — cosa rara e senza conseguenze pel nostro tema.

B) N. 427 — *διαγραφή*: (Data) v. 4 segg. *Διὰ τῆς Σαραπίωνος τραπέζης Γυνμασίου. Sempronius Titio πεπρακέναι αὐτὸν Sempronio κάμηλον θήλειαν... καὶ ἀπέχειν τὸν curatorem Titii τὰς λοιπὰς τῆς τιμῆς ἀργυρίου δραχμὰς ἑκατὸν etc.*

Subscriptio, v. 25: *Titii curator πέπρακα τὸν κάμηλον θήλειαν... καὶ ἀπέχω τὰς λοιπὰς τῆς τιμῆς ἀργυρίου δραχμὰς ἑκατόν, καθὼς πρόκειται.*

Esaminando attentamente questi due documenti, sarà facile il rilevarne le differenze. E pertanto, mentre l'*ὁμολογία* A) ha la parola *ὁμολογεῖ*, questa manca affatto nella *διαγραφή* B). Inoltre la *Titia ὁμολογοῦσα* di A) è in pari tempo sottoscrittrice, cosicché la sottoscrizione non è altro che una ripetizione del testo medesimo; *Sempronius* invece mentre parla nel testo di B) non parla però nella sottoscrizione, ove le parole sono di *Titius* (ovvero del curatore di *Titius*). Ma v'ha di più. L'*αὐτὸς* del *πεπρακέναι αὐτὸν* nel documento B) non è colui che parla, come avviene nel documento A), ma è *Titius*, colui cioè al quale è indirizzata la dichiarazione, che si contiene nel testo: il che si trae dal *πεπρακέναι αὐτὸν Sempronio*, perchè l'*αὐτὸς πεπρακὼς Sempro-*

nio non può certamente essere Sempronius stesso. Risulta chiaro adunque, che la *διαγραφή* è un mandato di dichiarare, l'esecuzione del quale si ha nella sottoscrizione, laddove l'*ὁμολογία* è la dichiarazione stessa confermata per mezzo della sottoscrizione. E il verbo che nella *διαγραφή* si dovrebbe supplire, può esser forse: prega di dichiarare.

Ora, ritornando alle nostre preposizioni, nei documenti del tipo B, noi troviamo le frasi *διὰ τραπεζῆς* o *κατὰ διαγραφὴν τραπεζῆς* (N. 281. 415), ovvero anche *ἀπὸ τῆς τραπεζῆς* N. 10. Dell' *ἀπὸ* è inutile occuparsi, sia perchè esso si ritrova in un solo istrumento, che è certo imperfetto (N. 70) sia perchè non ha altro significato che quello di documentarci, che l'istrumento proviene da una banca, che la carta per dir così porta l'impronta della Ditta. Importante è invece l'esame della preposizione *διὰ*, la quale c'insegna che l'atto è stato fatto mercè la mediazione (della banca); e così dal fatto che la preposizione *διὰ* si trova nella parola *διαγραφή* si può ben trarre la conclusione, che quell'atto non è notarile, ma bensì commerciale, e che il *διὰ χειρὸς* per il pagamento non esprime altro se non l'opposto del *διὰ τραπεζῆς*.

Io penso quindi, che in tal caso il prezzo della cosa comperata o la somma del mutuo veniva pagata o compensata alla banca, la quale mandava al venditore, o al creditore soddisfatto, o anche al debitore futuro una formula per quietanzare la somma, e che codesta formula veniva poi avviata a colui, al quale era indirizzata, e che forse era assente, e da lui sottoscritta. E, come dal documento N. 427 si rileva, anche allorquando si trattava del pagamento d'un residuo soltanto, tutto il contratto di compravendita veniva ripetuto nella *διαγραφή*, perchè si voleva che anche la causa del pagamento fosse redatta in iscritto.

Se dunque la preposizione *ἀπὸ* ci rivela che il documento ha origine da una banca, il *διὰ τραπεζῆς* c'insegna, che quell'atto medesimo, invece d'esser fatto direttamente *διὰ χειρὸς*, è stato fatto per conto d'una banca.

II. Ὑπέρ. Vedemmo come *μετὰ* sia adoperato pel tutore, e *διὰ* pel curatore; or ci resta a parlare della preposizione *ὑπέρ*, la quale è usata a designare colui che scrive per un altro. E poi-

chè quasi tutti i contraenti sono ἄγραφοι, i documenti di tal genere sono in grandissima copia. Addurrò qui un esempio, il quale dimostra che se coloro, per cui gli altri scrivono, sono ἄγραφοι, gli scrittori stessi però non sono in ogni caso καλλιγράφοι od ὀρθογράφοι. N. 153,38: ἔγραψα καὶ ὑπὲρ αὐτῆς μὴ εἰτύεις (=μὴ εἰδυίης) γράμματα. E ne aggiungerò un altro, N. 446-80, 24, nel quale certo Εἰρηναῖος scrive invece della madre; costei non è ἄγραφος, ma semplicemente βραδέα γράφουσα, poco esercitata nell'uso della scrittura. Così scrive il figlio:

Εἰρηναί|ος ἄγραψα καὶ ὑπὲρ τῆ μητρός

= ἔγραψα καὶ ὑπὲρ τῆς μητρός

μου βρατὲ γαρούσης.

= μου βραδέα γαρούσης.

A questi esempi si potrebbe aggiungere l'uso dell'ἔξ: se il danaro è consegnato διὰ χειρός, esso è dato ἔξ οἴκου; la πράξις è anche ἐκ τοῦ ὁμολογούντος τῶντε ὑπαρχόντων αὐτῷ; e molti altri ancora se ne potrebbero addurre.

Ma a me basterà l'aver dimostrato, quanto sia desiderabile che il dr. Krebs, che ha così bene redatto l'indice provvisorio del primo volume dei papiri, aggiunga nell'indice definitivo tutti i passi relativi alle preposizioni: un indice senza questi passi è come un pianoforte senza tasti neri.

GRADENWITZ.

Sul Senatoconsulto di Marco Aurelio del 176 relativo al diritto successorio.

I.

Tre gruppi di fonti ci danno notizia di questo senatoconsulto, e sono:

A.) quelle di Malalas e degli autori che al Malalas hanno attinto, cioè

1. Malal. Chronogr. (dal tempo di Zenone fino a Giustino II) lib. XI p. 28 seg. ed. Dindorf: ὁ δὲ αὐτὸς Μάρκος βασιλεὺς ἐξεφώνησε τὸν δικαιοτάτον νόμον, ὥστε καὶ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖν τὸν πατέρα τὰ τέκνα καὶ τῷ ἀχαριστουμένῳ παιδί τὸ τέταρτον μέρος δίδοσθαι τῆς πατρικῆς περιουσίας (Marcus iste imperator iustissimam legem promulgavit, ut et ab intestato heres fieret pater liberis et neglecto filio quarta pars daretur paternorum bonorum);
2. a questa fonte ha attinto il Chron. Paschale (dell'epoca di Eraclio dal 610 al 641) I, 489, ed. Dindorf e in Monum. Germaniae hist. IX, I p. 225:

Πολλίωνος καὶ Ἀπρον.

Ἐπὶ τούτων τῶν ὑπάντων νόμος ἐτέθη, ὥστε ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖν τὸν πατέρα τὰ τέκνα καὶ τῷ ἀχαρίστῳ δὲ παιδί τὸ τετραοῦγκιον δίδοσθαι τῆς πατρῶας περιουσίας. ¹⁾

1) Questa lezione ci dà il testo di Malalas corrotto in due luoghi: per lo scambio di ἀχαριστούμενος con ἀχάριστος il predicato passivo: *impie tractatus, neglectus* vien mutato in attivo: *impius, ingratus*; e per lo scambio di τέταρτον μέρος con τετραοῦγκιον invece di τριοῦγκιον si sostituisce alla prescrizione del senatoconsulto la quota stabilita da Giustiniano nelle Nov. 18 c. 1. Nov. 39 c. 1.

3. attinge similmente al Malalas, Nicephorus Callistius (prima metà del sec. XIV), *Ἱστορία ἐκκλησιαστική* III, 31 ed. Fronton Le Duc, Par. 1630:

Μάρκος-τὸν δίκαιον τουτονὶ νόμον καθίστα τοῦ καὶ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖν τὰ τέκνα καὶ τῷ ἀχαριστομένῳ παιδί τὸ τέταρτον μέρος τῆς πατρικῆς οὐσίας δίδοσθαι.

4. Per contrario l'aggiunta, che si trova nel *Thesaurus temporum* edito dallo Scaligero Lugd. Bat. 1606 *Ὀλυμπιάδων ἀναγραφή* ¹⁾ a pagina 346 in *Ολ. CCXXXIX*, νόμος ἐν *Ῥώμῃ ἐτέθη*, ὥστε κ. τ. λ., non appartiene al testo di quest'opera. Questa, secondo l'edizione di Rutgers p. 95, non presenta alcuna aggiunta alle parole *Ἀγαθόπους Αἰγινήτης στάδιον* = *Ολ. CCXXXVIII*; ma deve ritenersi piuttosto essere stata presa quell'aggiunta della edizione dello Scaligero dal *Chronicon Paschale*.

In tutti cdesti luoghi però, come già dimostrò I. Alibrandi in *Studi giuridici per l'VIII centenario della Università di Bologna* - Roma, 1888, 3 seg. '8, l'espressione νόμος non si deve punto intendere per *lex* nel senso tecnico della parola, giacchè sotto Marco Aurelio in generale non si emanavano più leggi comiziali. Qui piuttosto νόμος deve interpretarsi senatoconsulto.

B.) Zonaras Annal. (che si chiudono con l'anno 1118) XII, 1, ed. Dindorf:

τούτου (sc. Ἀντονίνου Ἐυσεβέος) λέγεται νομοθέτημα εἶναι τὸ τῶν τέκνων ἀδιαθέτων τελευτῶντων κληρονόμους ἀναφαίνεσθαι τοὺς γονεῖς καὶ διατιθεμένοις τοῖς παισὶν ἐν ἀπαιδίᾳ ἀνάγκην εἶναι τὸ νόμιμον μέρος τοῖς γονεῦσι καταλιμπάνειν (huius fertur constitutionem esse, ut liberorum, qui intestati decesserint, heredes exstent parentes et ut filios orbos, qui testati decesserint, oporteat legitimam partem parentibus relinquare).

Quanto all'attribuzione di questa disposizione ad Antonino Pio, già dal Dindorf in Zon. XII, 1 è stato accennato, come tutto

¹⁾ Cfr. su ciò Sexti Iulii Africani *Ὀλυμπιάδων ἀναγραφή* ed. Rutgers Lugd. Bat. 1862 p. IV.

ciò che è detto nell' ultima parte di questo capitolo e tratto dal libro LXXI di Dione Cassio, ora perduto, sia stato erroneamente attribuito ad Antonino Pio invece che a Marco Aurelio.

Risulta d'altronde il fatto, che, pur concordando Malalas e i suoi seguaci con Zonaras rispetto al diritto ereditario del padre, diversificano per contrario in ciò, che mentre quello parla della parte legittima del figlio, Zonaras invece parla di quella del padre, e quindi che i due gruppi rimontano a fonti primitive diverse. E, secondo quanto più sopra s'è osservato, bisogna ritenere il libro LXXI di Dione Cassio siccome la prima fonte di Zonaras.

C.) Ulp. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2 § 18. 19) sul quale testo ritorneremo nella nota 2 a p. 113.

Per tutte queste testimonianze vien provato quindi, che sotto Marcus Aurelius Antoninus Philosophus, e più precisamente durante il consolato di T. Pomponius Proculus Vitrasius Pollio II e M. Flavius Aper II, vale a dire nell'anno 176, fu emanato un senatoconsulto, che regolava una duplice materia:

il diritto di successione ab intestato del padre di fronte al figlio,

la quota di legittima, che scambievolmente dovevano lasciarsi il figlio e i genitori.

II.

Il Senatoconsulto di Marco Aurelio accordava al padre un diritto di successione ab intestato di fronte al figlio, secondo le riferite testimonianze di

Malal.: ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖν τὸν πατέρα τὰ τέκνα e di

Zonar.: τῶν τέκνων ἀδιαθέτων τελευτώντων κληρονόμους ἀνα-
φαίνεσθαι τοὺς γονεῖς.

Queste indicazioni generali del contenuto mancano però di più precise particolarità, in quanto che in quelle difettano non solo le notizie intorno agli speciali presupposti di fatto, ai quali si riannoda il diritto ereditario del padre, ma anche quelle circa la classe ereditaria, nella quale il padre è chiamato. Per l'uno e l'altro rispetto intanto le fonti ci danno le debite spiegazioni.

Infatti

A.) al padre il senatoconsulto non ha accordato diritti di successione

1. di fronte al figlio morto sotto la sua potestà, giacchè di fronte ad un tal figlio il padre aveva bensì diritto alla successione, però non mai in forza del diritto ereditario, bensì pel fatto della reversione del peculio del figlio; norma giuridica questa, che fu mantenuta anche rispetto al *peculium castrense* e *quasi castrense*; ¹⁾

2. quando al padre già da prima era attribuito un diritto di successione di fronte al figlio non soggetto alla sua *potestas*. E questo caso si ha

a) riguardo alla *hereditas*, la quale spettava al padre come *quasi patronus* di fronte al figlio da lui emancipato, nella seconda classe ereditaria, cioè dopo i *sui* del defunto: ²⁾

b) riguardo alla *bonorum possessio Unde cognati*, alla quale il padre era chiamato succedendo al figlio uscito dalla sua potestà, cioè all'emancipato, al dato *in adoptionem*, al *mancipio datus* ed alla figlia maritata con *manus*.

B.) Accordando il senatoconsulto di Marco Aurelio al padre, di fronte al figlio non soggetto alla sua *potestas*, un nuovo diritto di successione, tale innovazione veniva a concentrarsi su tre punti diversi:

1. al padre viene attribuito sul patrimonio lasciato dal proprio figlio carnale quel diritto di successione civile, che secondo il S. C. Tertullianum spettava alla madre;

2. quando il padre concorre solo con la madre come coerede e non esista alcun agnato del defunto, viene a lui attribuito un diritto privilegiato alla successione: egli esclude dalla successione la madre;

3. se però accanto al padre ed alla madre esista un agnato del defunto, vi sia cioè un erede ab intestato per diritto

¹⁾ Pap. 2 Def. (D. XLIX, 17, 17, § 1), 27 Quaest. (D. cit. 14 pr. § 2); Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 44 pr.) 14. 15. 67 ad Ed. (D. V, 3, 20 § 10. XLIX, 17, 1. 2), 4 Disp. (D. cit. 9); Paul. 11 Quaest. (D. XXXV, 2, 18 pr.); Tryph. 18 Disp. (D. XLIX, 17, 18 § 3); Diocl. in C. Just. XII, 36, 5. Cfr. Vangerow, Pand. § 407 sotto IV, 2.

²⁾ Voigt, XII Tafeln § 108, 18.

civile, dalla successione sarà escluso, per la presenza dell'agnato, il padre, ma non la madre.

Il Löhr nel *Magazin für Rechtswissenschaft*, 1844, IV, 115 segg. e C. F. Glück, *Intestaterbfolge*, Erlang. 1822, 246 segg., hanno ricollegato queste norme giuridiche al S. C. Tertullianum. Ma le fonti ci attestano unicamente, che codesto senatoconsulto accorda alla madre un diritto successorio di fronte al figlio, regolando in pari tempo il concorso di lei coi consanguinei ¹⁾, e non dicono che esso chiamasse anche il padre alla successione nella eredità del figlio.

Ora, per ciò che in particolar modo riguarda le tre disposizioni suddette, si osservi

1. che dal senatoconsulto di Marco Aurelio fu conferito al padre sul patrimonio del figlio quel diritto di successione civile, che dal S. C. Tertullianum era accordato alla madre; cioè, rispetto ai figli, nella seconda classe ereditaria, rispetto alle figlie, fino al S. C. Orfitianum, nella prima. Fondandosi su questa disposizione, ne derivò che il padre conseguì di fronte al figlio non soggetto alla sua *potestas* un diritto di successione civile: in parte di fronte al figlio emancipato dall'avo o dal pater adoptivus, ²⁾ in parte di fronte al figlio dato in *mancipium* ad un terzo e manomesso ³⁾ da colui che l'aveva in sua potestà, in parte di fronte ai figli pervenuti per adozione o per matrimonio nella *potestas* o nella *manus* d'un terzo, e per la morte di questo o per divorzio, liberati dalla *potestas*, o dalla *manus*, in parte di fronte ai figli rimasti nella potestà dell'avo, dell'emancipato o del padre dato in

1) Ulp. XXVI, 8. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2); Paul. sent. rec. IV, 9. I. Iust. III, 3, 2. Theoph. in h. l. Glossae verb. iur. in Otto, Thesaur. III, 1807.

2) Di ambedue i casi rispetto alla madre ci danno notizia Ulp. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2 § 15): neque avus neque proavus in Tertulliano matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint. Pater autem tantum naturalis, non etiam adoptivus matri nocent verius est enim, quum pater esse desierit, a matre eum excludi; Paul. ad S. C. Tertull. (D. cit. 5 § 2); Modest. 8 Reg. (D. cit. 3): patrem adoptivum matri non obesse plerique probant.

3) Questo si può desumere dalla nota precedente.

adozione ¹⁾. Siffatto diritto di successione del padre è attestato, nella casuistica trattazione di questo tema, dalle fonti non per sè solo, ma bensì in connessione con le regole esaminate nei numeri 2 e 3.

2. Che se, secondo la norma del senatoconsulto di Marco Aurelio, il padre concorre soltanto con la madre come coerede ²⁾, senza che esista un agnato del defunto, a lui viene attribuito un diritto di prerogativa nella successione: non succederanno entrambi nella stessa quota, ma avverrà piuttosto in questo caso, che la madre sia esclusa dal padre: ³⁾

Ulp. XXVI, 8: si ius liberorum habeat (sc. mater) — —, legitima heres fit (sc. filii) ex senatusconsulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege ⁴⁾ hereditas bonorumve possessio cum re pertinet;

13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2, § 15): obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii, quam filiae sive bonorum possessor existat;

I. Just. III, 3, 3: pater utriusque (sc. et filii et filiae), non etiam avus vel proavus matri antepositur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur.

1) Pei due primi casi pare che manchino buone testimonianze; pel terzo e pel quarto invece si ha notizia da Ulp. 13 ad Sab. (XXXVIII, 17, 2 § 17. 18).

2) Non vien meno perciò il diritto a succedere spettante al padre secondo le XII Tavole come *quasi patronus* di fronte al figlio emancipato. Modest. 6 Diff. (D. XXXVIII, 16, 10): si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat, — — mater defuncti summovetur; Diocl. in C. Just. VI, 56, 2: in successionem filii vel filiae communis sine liberis et fratribus et sororibus morientis pater manumissor, quia ei sit vetus ius servatum, matri praefertur.

3) Che qui si tratti d'una regola giuridica non generale e trasmessa dai tempi antichi, ma speciale e posteriore, risulta da ciò, che essa non ammette applicazioni agli ascendenti più remoti: Ulp. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2 § 15) nella nota 2 a p. 110 e I. Just. III, 3, 3 cit.

4) Con la parola *lex* nel senso dell'epoca di Ulpiano si deve intendere ogni fonte dello ius civile: Schilling, Institutionen § 11 appendice 1.

E questo sistema giuridico acquistò validità nella *bonorum possessio Unde cognati*, in cui fin dagli antichissimi tempi il padre e la madre come cognati di primo grado eran chiamati ad uguali porzioni della eredità, avvenendo in seguito altresì, che il padre escludesse la madre.

Ulp. XXVI, 8 cit. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2 § 15 cit.) e § 16: undecunque — acceperit bonorum possessionem pater naturalis sive legitimus (sc. heres) sive contra tabulas, ex quavis parte excludit matrem;

Modest. 6 Diff. (D. XXXVIII, 16, 10): si — — non manumissori (sc. patri) bonorum possessio competat, matri defuncti summovetur.

Però rispetto alla *bon. possessio Unde cognati* tale più recente sistema non è prescritto dal S. C. Marci, ma fu piuttosto introdotto dall'editto onorario, secondo la testimonianza di Paul. ad S. C. Tert. (D. XXXVIII, 17, 5 § 2): edicto praetoris inducetur pater defuncti.

3. Il diritto di successione civile del padre rammentato nel numero 2 fu intanto dal S. C. di Marco Aurelio adattato e modificato in modo, che anche nelle particolarità dei suoi presupposti di fatto rispondesse al S. C. Tertullianum. Perocchè, avendo quest'ultimo senatoconsulto deferito l'eredità alle seguenti persone e nell'ordine seguente:

- a) al *consanguineus* ed alla *consanguinea*, ¹⁾
- b) in mancanza del *consanguineus* alla *consanguinea* ed alla madre partecipe dello *ius liberorum* di fronte ai suoi figli generati in matrimonio senza *manus*, ²⁾ ed eventualmente in mancanza di una delle due persone soltanto all'altra, ³⁾ il S. C. di Marco Aurelio viene a generalizzare tale prescrizione del S. C. Tertullianum, riconducendola al principio, che, se accanto alla madre e al padre esisteva anche un agnato del defunto, cioè un erede chiamato per

1) Ulp. XXVI, 8; Paul. sent. rec. IV, 9, 10 ad S. C. Tert. (D. XXXVIII, 17, 5).

2) Del figlio generato in matrimonio con *manus* è erede la madre come *consanguinea*.

3) Ulp. XXVI, 8. Paul. sent. rec. IV, 9, 1-10. Valent. et Val. in C. Th. V, 1, 2. I. Iust. III, 3, 2. Justinian. in Cod. VI, 56, 7 pr. Nov. XXII, 47, 2.

diritto civile, il padre veniva da questo escluso dalla eredità a favore della madre; principio codesto, che da Ulp. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2 § 17) è stato così formulato: *patrem agnatus excludit*.

Di questo sistema giuridico ci dà la dimostrazione in forma casuistica Ulp. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 2, 17), il quale lo illustra coi seguenti casi:

Il defunto ha lasciato

aa. padre, madre ed agnati: in questo caso è erede la madre con esclusione del padre:

§ 17: si sit agnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem agnatus excludit;

bb. padre, madre e *soror consanguinea*: in questo caso succedono le due ultime, ed eventualmente, laddove la consanguinea rinunzi alla eredità, il padre soltanto:

§ 18: si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus, si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatusconsulto una cum ea venire, patrem excludi placet; si consanguinea repudiet, matrem ex senatusconsulto propter patrem non venire. — Repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata; sed et in hoc moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem, quam¹⁾ pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatusconsulto succedere; ²⁾

cc. una madre, che nello stesso tempo è *consanguinea*: succede la madre con esclusione del padre:

§ 19: si ipsa mater eadem sit et soror consanguinea, ut puta quoniam pater matris nepotem suum ex filia adopta-

1) Questo *quam* non è particella. ma accusativo.

2) Ulp. l. c. tratta ex professo del S. C. Tertullianum, il quale d'ordinario è così designato: pr. § 9. 14. 15. 20. In questa trattazione è introdotta nei §§. 15-19 una disquisizione tramandataci forse in compendio, in cui si esamina l' influenza del S. C. di Marco Aurelio sul Tertulliano; ma il nome di tale senatoconsulto non è dato nei § 18. 19. Poichè certo non appartengono al S. C. Tertullianum le regole che nei §§ 15-19 sono in questione: nota 1 a p. 110.

vit, sit praeterea et pater naturalis, haec mater, si quidem quasi consanguinea veniat, excludet patrem; si ius consanguineae repudiavit vel capitis deminutione amisit, ex senatusconsulto venire patrem non potest, repudiante vero patre rursum ex senatusconsulto potest venire = (per questo cfr. la nota 2 a p. 113).

Combinando quindi le disposizioni del S. C. di Marco Aurelio con quelle del S. C. Tertullianum, ne seguirà pel diritto civile di successione nella seconda classe l'ordine seguente:

- a. *consanguineus* e *consanguinea*: S. C. Tertulliano;
- b. in mancanza del *consanguineus*, succedono la *consanguinea* e la madre: S. C. Tertulliano;
- c. in mancanza della *consanguinea*, ma esistendo un altro agnato, la madre soltanto: S. C. Marci;
- d. in mancanza di *consanguinea* e d'altri agnati, il padre: S. C. Marci;
- e. in mancanza di *consanguinea*, d'altri agnati e del padre, la madre: S. C. Tertulliano.

Per contrario mancando la *consanguinea* e la madre, l'eredità vien deferita alla terza classe, cioè all'*agnatus proximus*.

III.

Il secondo tema, che il senatoconsulto di Marco Aurelio prendeva a trattare, era il diritto di legittima tra genitori e figli; e qui esso determinava quantitativamente i diritti, che loro spettavano; cioè:

- A.) il diritto del padre di fronte al figlio non soggetto alla sua potestà, e quello della madre:

Zonar.: διατιθεμένους τοῖς παισὶν ἐν ἀπαίδᾳ ἀνάγκην εἶναι τὸ νόμιμον μέρος τοῖς γονεῦσι καταλιμπάνειν.

- B.) il diritto del figlio di fronte al padre, e rispettivamente della madre a lui consanguinea: ¹⁾

Malal: τῷ ἀχαριστουμένῳ παιδὶ τὸ τέταρτον μέρος δίδοσθαι τῆς πατρικῆς περιουσίας.

1) In seguito al S. C. Orfitianum del 178 questa disposizione riguardante i figli fu senz'altro estesa alla madre.

Di queste due norme l'ultima fu già fissata dal Cujac. *Observat.* III, 8, che si fonda sulla testimonianza di Niceph. Callist., da noi citato nella I parte, e da I. Alibrandi, *Sopra un senatoconsulto fatto nell' anno 176 dell' era volgare in Studi giuridici e storici per l'VIII centenario della Università di Bologna* - Roma, 1888, 3 segg., che si fondava sul citato Chron. Paschale e sul Niceph.; e dall'Alibrandi in special modo distesamente discussa.

Queste disposizioni del senatoconsulto ¹⁾ dettero origine ad una importante riforma nella teoria della legittima.

Fu sullo scorcio della repubblica per la prima volta affermato il principio, che un *officium* vincolante due persone imponesse l'obbligo morale di considerare in genere nel testamento quel *necessarius*, che era l'erede ab intestato prossimo. La omissione di lui invece, in quanto non avvenisse per colpa di lui stesso costituiva una ingiuria verso il medesimo, donde seguiva che sifatto obbligo morale si elevava ad un dovere giuridico, la cui violazione produceva nel colpito una *hereditatis petitio* di natura delittuosa, la *querella inofficiosi testamenti*. ²⁾ Da codesto concetto si erano derivate tra l'altro queste conseguenze:

- a) che il diritto stesso di legittima non solo non era fissato quantitativamente e come legittima, giacchè bastava che la persona fosse stata soltanto nominata nel testamento, ma non era neanche condizionato alla istituzione d'erede, ritenendosi sufficiente che in un modo qualunque si fosse nel testamento contemplata quella persona;
- b) ma che in relazione a ciò la *querella inofficiosi* non era diretta ad una determinata quota d'eredità, bensì all'annullamento del testamento per se stesso giuridicamente valido;
- c) che infine per conseguenza, guadagnata la lite, si faceva luogo alla successione intestata.

1) Accennano a ciò, come già l' Alibrandi l. c. 4 ha rilevato, Leo in C. Just. IV, 9, 6 § 2: *quarta pars, quae liberis debetur ex legibus*; Justinian. in Nov. I pr. § 2: *τῶν διατιθεμένων τοῖς μὲν ἀνάγκην ἐπιτίθησιν ὁ νόμος ἀπονέμειν τινὰ μοῖραν προσώποις τισίν*. XVIII c. 1: *ἐπανορθῶσαι τὸν νόμον*.

2) Voigt, Röm. Rechtsgeschichte, § 44, 21 segg. Questo è lo *ius antiquum* di Iul. in Ulp. 45 ad Ed. (D. XXXVIII, 12, 1 § 6).

Senonchè, già al cominciare dell'impero, questo sistema giuridico sollevò delle obiezioni. Perocchè, mentre bastava ad escludere la *querella inofficiosi* anche la più tenue liberalità nel testamento, era con ciò bensì soddisfatto l'interesse etico del chiamato di non essere per una irragionevole preterizione nel testamento messo in mala luce dinanzi all'opinione pubblica, ma ne seguiva d'altra parte che rimaneva al tutto privo d'ogni tutela l'interesse pecuniario di ottenere come erede prossimo una parte congrua dell'eredità. Inoltre, l'annullamento di tutto il testamento per l'omissione dell'erede chiamato ab intestato dava luogo ad una sproporzione tra causa ed effetti: una eccessiva violenza del mezzo repressivo di fronte all'avvenuta violazione del diritto. E poichè al principio dell'età imperiale un tal sistema cominciò ad essere disapprovato, ne derivò che ad esso si apportassero delle modificazioni in due sensi diversi.

Da una parte il S. C. Afnianum del 62 dispose, che se alcuno, padre di tre figli almeno, ne avesse dato in adozione uno, il padre adottivo, ad evitare la *querella inofficiosi*, dovesse lasciare con testamento almeno un quarto del suo patrimonio al figlio adottivo, di modo che, per esercitare l'azione, non si richiedeva la completa omissione nel testamento, ma bastava che si fosse lasciato soltanto meno del quarto. Ordinò inoltre, che, se si fosse violata questa prescrizione, il diritto dell'adottato non si estendesse alla porzione ab intestato, ma fosse affatto limitato a quel quarto.¹⁾ Su queste medesime considerazioni e su questi motivi si poggia anche l'Epistola Antonini Pii ad Pontifices, la quale all'*arrogator* di un minorenne imponeva l'obbligo di lasciare a questo un quarto del suo patrimonio, sebbene l'esercizio di questo diritto avesse luogo non mediante la *querella inofficiosi*, ma mediante l'*actio familiae erciscundae*.²⁾

Dall'altro lato anche il costume vi ebbe la sua parte; poichè, ove in un testamento si riscontrassero i requisiti che generavano la *querella inofficiosi*, si considerava come precetto della morale e del

1) Justinian. in Cod. VIII, 47, 10 § 3. Inst. III, 1, 14. Theoph. in h. l.

2) Ulp. 14, 19, 40 ad Ed. (D. V, 2, § 15. X, 2, § 1. XXXVII, 6, 1 § 21), 26 ad Sab. (D. I, 7, 22); Paul. 10 ad C. Jul. (D. XXXVIII, 5, 13); Carac. in C. Just. III, 2 8, 6. Diocl. ibid. VIII, 37, 2. I. Just. I, 11, 3.

buon costume, che l'erede ab intestato o messo nel testamento dovesse accettare l'offerta di transazione fattagli dall'erede testamentario, il quale si volesse liberare rilasciandogli un quarto della sua porzione ab intestato, piuttosto che portar la cosa in giudizio. ¹⁾

Ora, a questo concetto popolare volle il S. C. di Marco Aurelio dar la sanzione, riconoscendo la *querella inofficiosa* come fondata, quando il figlio non avesse nel testamento contemplato i genitori, che son gli eredi nella prima linea, o questi non avessero al figlio lasciato almeno la quarta parte della porzione ab intestato. Ma del rimanente nessun'altra mutazione apportò il senatoconsulto al carattere speciale della *querella*: essa si prima come dopo il senatoconsulto annulla il testamento e rende così possibile la successione dell'omesso a tutta intera la sua porzione ab intestato. ¹⁾

M. VOIGT.

¹⁾ Plin. Ep. V, 1, 9 (del 105 o 106): si mater, inquam, te ex parte quarta scripsisset heredem, num quaeri posses? — Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre quartam partem ab heredibus eius accipias.

¹⁾ Ulp. 14 ad Ed. (V. 2, 8, § 6. 8); Paul. 2 Quaest. (D. cit. 19); sent. rec. IV, 5. 6; Tryph. Not. ad Scaev. 18 Dig. (D. XXXII, 1, 36); Diocl. in C. Just. III, 28, 8.

Una nuova ricostruzione dell'Editto Publiciano

I.

Al tanto vessato tema dell'*actio publiciana*, del quale la scuola romanistica italiana si è con tanto amore occupata in questi ultimi anni, reca ora un nuovo ed originale contributo una recente pubblicazione del Prof. Silvio Perozzi ¹⁾. Con essa l' egregio romanista tenta una nuova ricostruzione dell' editto giuliano e la definitiva risoluzione di più di un enigma nella storia dell'istituto.

I risultati cui il Perozzi perviene sono i seguenti: nell'editto perpetuo di giuliano si ebbe una sola clausola edittale riguardante l'*actio publiciana*, e questa clausola considerava il caso di una compera eseguita in buona fede ed era così concepita:

Si quis id quod bona fide emit (o emerit o emissee dicetur) nondum usucaptum petet iudicium dabo.

A questa sola clausola edittale avrebbe corrisposto una sola formula, e precisamente quella riferita nel libro IV § 36 delle istituzioni di Gaio, nei seguenti termini:

Iudex esto si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex jure quiritium eius esse oporteret et reliqua.

¹⁾ *L'Editto Publiciano* (Bullettino dell'Istituto di Diritto romano, anno VII fasc. I-III pp. 45-84.)

Questi risultati non sono al tutto nuovi, ma in buona parte nuovissimi e radicali e tali da giustificare pienamente lo scritto che l'autore ha dedicato alla loro dimostrazione. Che tuttavia con questo scritto sia stata detta l'ultima parola sul tormentato argomento, non ritengo che molti vorranno concedere. I dati sui quali si aggira la dimostrazione del Perozzi sono troppo scarsi ed ambigui, e l'arte sottile colla quale vengono maneggiati se desta ammirazione, desta anche una certa naturale diffidenza. Gli è che la storia per imporsi ha più bisogno di documenti e fatti che di argomentazioni ingegnose e sottili deduzioni. Ove questi dati e documenti mancano, la fantasia spesso ci trascina e turba il nostro giudizio dando forma e corpo di argomenti alle creazioni del nostro pensiero e alle combinazioni della nostra fantasia.

Partendo da questo ordine di idee una certa reazione ad ogni teoria originale, e non dimostrata rigorosamente, non potrà sembrare ad alcuno dannosa alla scienza, nè correrà il rischio di essere scambiata colla critica piccina e tronfia che si nutre di negazioni. Così anche nel caso presente non sarà inutile forse contrapporre al calore che serpeggia per tutta la dimostrazione della tesi del Perozzi, e che è pienamente spiegato dalla ingegnosità della sua tesi, una critica fredda e minuta e fin anche pedante, che lo segua e controlli passo a passo. Che del resto il Perozzi si sia innamorato della sua idea, e la veda in certo modo con occhi di padre risulta, a mio avviso, dal metodo di proposito seguito nella esposizione. La sua idea gli sembra ormai così fondata per se stessa, che il confrontarla colle altre da cui pure più o meno dipende non gli sembra guari necessario. Di essa crede possibile una dimostrazione positiva e diretta e tale da contenere implicitamente la confutazione di ogni altra possibile teoria o ipotesi in rapporto al tema, sia passata che futura. Per tal modo il suo ragionamento corre originale e serrato dalle prime linee alle ultime del lavoro suo, e si svolge limpido sotto gli occhi del lettore. Ma per tal modo anche riesce più difficile rendersi esatto conto della vera forza persuasiva degli argomenti accumulati dall'autore a favore della propria tesi. Veramente in nessun tema forse più che in questo della *publiciana*, il formarsi una convinzione sul vero stato delle cose, dipende dal confron-

tare il relativo grado di verosimiglianza e probabilità delle varie teorie e dottrine manifestate. Ciò ha giustamente rilevato e dimostrato l'Ermann nei suoi pregevolissimi contributi. ¹⁾ Il Perozzi essendosi allontanato da questo metodo ha potuto affermare con più decisione il lato positivo dei suoi risultati, ma non è riescito a nascondere i lati deboli della sua dimostrazione. Con ciò voglio solo accennare (ciò che forse nel corso di questo studio riuscirò a porre in evidenza) come una buona parte delle ingegnose ed acute osservazioni ed argomentazioni del Perozzi vadano oltre al fine che egli si propone, e per se stesse possano dimostrare anche qualche cosa di diverso da ciò che egli ritiene per vero. Certo soltanto una nuova completa revisione delle fonti in riguardo alla *publiciana* potrebbe dare base ad una completa e sicura confutazione; ma anche un esame freddo ed impregiudicato delle fonti sulle quali il P. conduce il suo lavoro può bastare a sollevare gravissimi dubbi sulla fondatezza della sua tesi. A questo modesto scopo tende il presente scritto: a riassumere con ogni coscienza i risultati cui il Perozzi è pervenuto, ma a sollevare anche, se possibile, i veli ingegnosi che coprono i lati manchevoli del processo di ragionamenti e di interpretazioni pel quale ad essi giunge.

II

Gettiamo subito uno sguardo ai precipui fra questi materiali.

1) fr. 1 Dig. h. t.

Ulpianus libro sexto decimo ad Edictum.

Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

2) fr. 7 § 11 eod.

Ulpianus libro sexto decimo ad Edictum.

Practor ait: qui bona fide emit.

3) Gai IV. 36.

Datur autem haec actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque, amissa possessione, petit. Nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset intendit veluti hoc modo: Ides esto etc. (vedi sopra).

¹⁾ *Beiträge zur Publiciana* (Zeitschrift der Savigny Stiftung, XI N. 7. pp. 212-277)

Dunque in base ad un editto corrotto, a 4 parole che non sono per sè un editto, e che non si conciliano naturalmente col l'editto come ~~che~~ riferito nel fr. 1 h. t., e ad una notizia di Gaio devesi ricostruire l'editto publiciano. Dati questi elementi si comprende che le opinioni non siano state concordi e che uno stesso autore, ed autorevole, abbia potuto cambiare tre volte opinione.

Pareva quasi che le possibili combinazioni fossero esaurite quando il Perozzi ci è venuto a dimostrare il contrario. Mentre prima si tendeva a conciliare e rifondere in una sola ricostruzione, il fr. 7 § 1 h. t. col fr. 1. eod., ecco invece che ora si sopprime quasi completamente, l'editto del fr. 1. e se ne crea uno nuovo col fr. 7 § 1. È veramente un rimedio radicale: un tentativo importante non solo in riguardo alla speciale questione di cui si tratta, ma anche per la dottrina generale delle interpolazioni. Se i risultati cui giunge il Perozzi fossero veri, non solo egli sarebbe riuscito a ricostruire il vero e genuino editto, ma avrebbe anche gettato un raggio di vivissima luce sui metodi dei compilatori. Questi ci apparirebbero non più come semplici riduttori, correttori, corrompitori di testi, ma anche come inventori di editti e di commenti all'editto. Sarebbe opera loro l'editto, che ci è conservato nel fr. 1, e opera loro anche una parte del commento stesso. La tesi è ben ardita! Mentre deve ammettersi col Perozzi che una volta inventato l'editto dovevano, almeno in parte, esser inventati i commenti, non si può a meno, d'altra parte, di rilevare, che quanto più scabrosa e ardua doveva riescire pei compilatori la invenzione di un commento, tanto maggiore doveva essere la loro ripugnanza a creare *ex novo* delle clausole edittali se a ciò non fossero mossi da qualche *stringente motivo d' indole pratica*. Ma prescindiamo per ora da ciò e veniamo ad esaminare attentamente la dimostrazione del Perozzi.

III

La clausola edittale essendo così concepita come vuole il P. non avrebbe contenuto menzione alcuna della *traditio*. Il fatto, una volta ammesso, si palesa per sè abbastanza curioso. Qualsiasi funzione voglia attribuirsi alla publiciana non si riesce a concepire come naturale che la clausola edittale non contenesse

menzione della tradizione. L'*exceptio rei venditae ac traditae* è assai significativa in questo riguardo, e, accanto ad essa, il parallelismo fra *publiciana* e *rei vindicatio*, parallelismo che secondo ogni verosimiglianza dovette pure riflettersi nella formulazione della clausola edittale originaria. Pure ai sospetti *a priori* non è a dar peso: vediamo i testi. Che nulla provi a questo riguardo il fr. 17 Dig. h. t. da cui il Perozzi prende le mosse per la sua dimostrazione mi par fuor di dubbio, nè su ciò vale insistere. Viene Gaio IV, 36 ¹⁾, dal quale frammento argomentando semplicemente sembra discendere un argomento contro la tesi del Perozzi. La formula di Gaio infatti fa menzione di *traditio*: se fra formula e clausola edittale vi era una relazione e una similitudine, che di più naturale dell'ammettere che pure la clausola facesse menzione di *traditio*? Il Perozzi cerca superare questa obiezione con una nuova osservazione assai sottile. La formula, ragiona egli, era bensì ricalcata sull'editto, ma non alla lettera. La clausola edittale implicava la necessità della *traditio*, esigendo il requisito del *nondum usucaptum* in quanto non si può dire di *non avere ancora usucapito* se non si è cominciato *ad usucapire* e in quanto non *si comincia* ad usucapire se non *si comincia a possedere*. Ora nella formula si avrebbe avuto una *scomposizione* del *nondum usucaptum* nei suoi elementi costitutivi. Saremmo qui di fronte ad una operazione di chimica romanistica. Che però questa operazione sia stata realmente compiuta dai giuristi classici non mi sembra che il P. abbia dimostrato. ²⁾

In un ordine più positivo di idee si addentra il Perozzi colla esegesi del

fr 7 § 16 Dig. h. t.

Ulpianus libro sexto decimo ad Edictum.

Ut igitur publiciana competat haec debent concurrere ut et bona fide quis emerit et ei res empti eo nomine sit tradita; ceterum ante

¹⁾ Op. cit. p. 51.

²⁾ L'uso costante degli scrittori antichi di diritto di non menzionare mai, o quasi mai, la *traditio* quando parlano di usucapione *ex causa emptionis*, non può essere in alcun modo decisivo a favore del P. Del resto l'elemento della *traditio* non era già nella formula implicito nelle parole *si ante possedisset*?

traditionem quamvis bonae fidei quis emptor sit experiri publiciana non poterit.

Questo fr. è stato fino ad oggi interpretato in modo da dimostrare, anzichè contestare, che nella clausola edittale fosse menzione di *traditio*. Ma il Perozzi acuendo la esegesi trova ora che esso conterrebbe una *assurdità*, se l'editto avesse realmente fatta menzione di *traditio*. E si fonda su ciò: che sarebbe stato affatto superfluo il dire che *ante traditionem.... experiri publiciana non poterit*, se ciò avesse già richiesto la clausola edittale: il contrario invece tacendo la clausola circa la *traditio*. Qui si opera in base ad un presupposto che mi sembra inesatto. Il commento alla clausola edittale non contiene soltanto la risoluzione dei più difficili quesiti, ma spesso la semplice dichiarazione del contenuto della clausola medesima. Se così non fosse, come potremmo noi servirci dei commenti per ricostruire le clausole edittali? Nel caso concreto poi due osservazioni mi sembrano decisive: la prima è che il nostro fr. secondo ogni verosimiglianza è di commento alla formula e più precisamente alle parole *et ei traditus est* (LENEL, Pal. 570 nota 8), onde l'argomento ad assurdo perde tutta la sua efficacia, in quanto è indubitabile che nella formula si faceva menzione di *traditio* ¹⁾; la seconda è che pur volendo ammettere che il nostro fr. sia di commento *ad edictum*, non si è tratti certo per esso alle conclusioni del Perozzi, ma volendo argomentare sottilmente piuttosto al contrario. Infatti la forma in cui esso è concepito sarebbe troppo semplice se esso avesse il contenuto di completare la clausola edittale. Esso avrebbe dovuto per lo meno contenere un cenno del contrapposto fra dottrina ed editto, se questo avesse realmente esistito. ²⁾

Una speciale considerazione merita anche l'interpretazione che a favore della propria tesi, il Perozzi dà del famoso

fr. 9 § 4 Dig. h. t.

Ulpianus libro sexto decimo ad Edictum.

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videa-

¹⁾ Nulla di più mi sembra provi il fr. 50 Dig. 6, 1 specialmente ove lo si confronti col fr. 50 § 1 eod. e fr. 12 § 1 Dig. 6, 2.

mus quis magis publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.

Ulpiano avrebbe qui posto una questione che aveva la sua ragion d'essere soltanto nel fatto che l'editto giuliano *non parlava di tradizione* e quindi permetteva si discutesse a quale di due compratori di b. f. spettasse l'azione publiciana, se a quello che aveva semplicemente comperato o a quello che aveva anche ricevuto la cosa in consegna. L'uno e l'altro infatti si sarebbero egualmente trovati nei termini dell'editto giuliano (così come lo ricostruisce il Perozzi). Pei compilatori invece, che avevano trasformato l'editto, la questione ulpiana non aveva più ragione d'essere e quindi essi la citarono così come era originariamente posta, ma la fecero poi seguire dalla decisione di Giuliano, la quale si riferisce ad un'altra fattispecie cioè a un caso nel quale ambedue i compratori avevano ricevuto in consegna la cosa.

“ Si chiederà, domanda giustamente il Perozzi (p. 55), perchè i compilatori non citarono allora la fattispecie relativa alla decisione giuliana. Io non trovo altra spiegazione che nella fretta di copiare. Continuarono citando Ulpiano finchè poterono; poi omisero la sentenza sua per questo caso, e vi connetterono l'altra relativa al caso di due tradizioni, che Ulpiano esponeva con termini forse più lunghi in seguito. „

Ma la cosa non è certo così piana come vien descritta. Anzitutto non si può dissimulare che la questione ulpiana è giustificata sufficientemente dalle difficoltà sorgenti dalla distinzione illustrata da Giuliano. Del resto ammesso anche che l'editto non menzionasse la *traditio*, chi avrebbe mai potuto sostenere che colui che aveva solo comperato, dovesse essere preferito a colui che oltre aver comprato aveva anche ricevuto la consegna della cosa? ¹⁾ È lecito attribuirne ad un giurista romano questa sottigliezza: chi non ha ricevuto in consegna la cosa non avendo ancora cominciato ad usucapire non ha usucapito ancora, e quin-

¹⁾ Cfr. fr. 7 § 6 Dig. h. t. c. § 8 cod. APPLETON I. p. 58 nota 15.

di può agire *ex edicto*? Forse che nel *nondum usucaptum* non era insita, come il P. stesso dimostra, la condizione dell'*usucapi cepisse* e cioè della *traditio*? Dunque non mi sembra azzardato dire che questa interpretazione del Perozzi non regge bene.

La correzione del testo proposta dal Mommsen delle parole *qui tantum emit in qui eam tum tenit*, riesce invece non solo a farci comprendere la decisione giuliana, ma anche la questione ulpiana.¹⁾

IV.

Fin qui abbiamo seguito il Perozzi nel tentativo suo di dimostrare che la clausola edittale giuliana non faceva menzione di *traditio*. Vediamo ora come egli cerchi dimostrare che la clausola medesima si riferiva esclusivamente alla *emptio bonae fidei*.

Qui viene indicato come opportuno punto di partenza il

fr. 17 Dig. h. t.

Neratius libro tertio Membranarum.

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio " si ea res possessoris non sit „ sed ut is, QUI BONA FIDE EMIT POSSESSIONEMQUE EIUS EX EA CAUSA NACTUS EST, ²⁾ potius rem habeat — dal quale frammento così si argomenta (p. 49): in esso Nerazio si riferisce alla *emptio b. f.* direttamente e senza accennare in alcun modo ad altre *justae causae traditionis*, siccome ai tempi di Nerazio la publiciana si applicava a molte altre *causae* (cfr. fr. 7 § 1; fr. 11 § 4 Dig. h. t.) così bisogna (!) spiegarsi come mai Nerazio si restringesse alla *causa emptionis*. Ora per il Perozzi la spiegazione è quanto mai naturale e semplice: gli è che la clausola edittale trattava soltanto di *emptio b. f.* Certo è che se la tesi del P. fosse vera, il fr. di Nerazio non presenterebbe alcun dubbio; ma certo è altresì, o almeno mi sembra, che anche

1) Che poi nel testo *non domino* siano parole interpolate è da ammettersi, ma nulla prova a favore del Perozzi, e appena occorre osservare che la *fretta del copiare* dei compilatori adottata per spiegare delle difficoltà è un *argumentum paupertatis*.

2) Queste parole stanno certamente in qualche contrasto colla opinione del P., secondo il quale l'editto non avrebbe contenuto menzione di *traditio*.

se la tesi stessa fosse erronea, il fr. non presenterebbe alcuna difficoltà. A non volere esser troppo difficili lo si può conciliare bene con qualsiasi ricostruzione in proposito, giacchè l'*emptio b. f.* fu certo nei suoi due significati ¹⁾ il caso tipico e più frequente di applicazione della publiciana nel diritto classico. Nè va poi dimenticato che Nerazio si riferiva alla *prima origine* della azione (*non ideo comparata est*).

In un certo senso tuttavia il fr. 17 Dig. h. t. può essere assunto come punto di partenza nella ricerca in quanto in esso è accentuato un fatto, il quale risulta dimostrato da altri testi, e al quale il Perozzi dà una importanza forse maggiore o almeno diversa di quella che ha, ma che tuttavia ha un considerevole significato. Il fatto è che in tutto il titolo *de publiciana in rem actione* l'ipotesi di compra-vendita in b. fede è la ipotesi normale. Ma nel valersi di questo fatto non bisogna esagerarlo. Questa è la ipotesi più importante praticamente, perchè la più frequente; è la più importante anche storicamente, perchè fu certo per essa che originariamente si introdusse l'azione, quindi non è a meravigliare che sia predominante. Che sia invece esclusivamente dominante non può affermarsi. Basta leggere i fr. 3 § 1, fr. 4, fr. 5, fr. 6, Dig. h. t. per persuadersene. Lo stesso Perozzi è costretto a riconoscere che in alcuni testi si ha l'ipotesi di *traditio* in genere e cioè nel fr. 7 § 3 e nel fr. 11 § 1 e fr. 12 § 2 h. t.: senonchè questi testi essendo guasti gli sembrano dimostrare, anzichè contrastare, la verità della sua tesi.

Però in questo genere di deduzioni non si potrà mai essere troppo cauti. Mi sembra fuor di dubbio che nel fr. 7 § 3 siano interpolate le parole: *est enim justus possessor et petitor qui liberalitatem accepit*, non le precedenti che sono le più importanti all'attuale riguardo. Interpolato mi sembra certamente anche il fr. 11 § 1 h. t., e così pure il fr. 12 § 2; ma da essi non si può dedurne che l'editto giuliano non menzionasse la *traditio* ²⁾, nè le interpolazioni che essi contengono si conciliano troppo naturalmente colla ipotesi essere stato Giustiniano ad innovare l'e-

1) ERMANN, *Beiträge* pag. 249 e segg.

2) Cfr f. 12 § 1.

ditto. Contro la tesi del Perozzi invece depongono quei testi nei quali non si ha traccia di interpolazione, e nei quali tuttavia si stenta ad accordare l'azione per mancanza di avvenuta *traditio*.¹⁾ Questi testi si spiegano naturalmente solo ammettendo che già l'editto giuliano menzionasse la *traditio* e inducono a non attribuire troppa importanza al fatto di essere la ipotesi di *emptio b. f.* predominante nel nostro titolo. Tanto più che questo titolo ci offre altri elementi, l'importanza dei quali non è certo sfuggita al Perozzi. Abbiamo infatti in esso alcuni frammenti nei quali sono indubbiamente contenuti dei brani di commento ad una voce *traditum* o *traditio*. Il Perozzi cerca togliere ad essi quel valore che hanno contro la sua tesi in quanto sostiene che, o essi commentano la *formula* e non l'*editto* (fr. 9 § 1-4, 6 e fr. 11), o sono interpolati (fr. 11 § 1, fr. 12 § 2), oppure commentando l'editto non contengono un commento ad una voce *traditio* che esso non conteneva, ma si occupano della *traditio* "considerata come condizione per l'usucapio di cui l'editto stesso faceva certamente menzione." (p. 59). È un sistema di difesa abbastanza complicato, ma certo ingegnoso e che fa impressione. Ma pure non ci si può trattenere dall'osservare in primo luogo che, data ed applicata la distinzione fra commento *ad formulam* e commento *ad edictum* come strumento sicuro di argomentazione, resta pur sempre che l'ipotesi più naturale è che la formula sia plasmata in armonia coll'editto. Se la formula contiene espressa menzione della *traditio*, il più naturale da pensarsi è che tale menzione contenesse anche l'editto. Il che porterebbe a concludere che tanto i commenti *ad edictum* quanto quelli *ad formulam* avrebbero dovuto occuparsi della *traditio*. Dato ciò, anche dimostrando che i frammenti che nel titolo nostro si occupano di *traditio* sono brani di commento alla formula, non si riuscirebbe ad escludere che vi fossero stati anche dei commenti all'editto, e che l'editto non facesse menzione di *traditio*.¹⁾ Quanto poi alla distinzione fra com-

1) fr. 12 § 1, fr. 15 Dig. h. t.

1) I fr. 9 § 1-4, 6, fr. 11 pr. non potrebbero anche essere di commento alla voce *si quis* della clausola editale anziché alla voce *ei* della formula, come seguendo il Lenel sostiene Perozzi, p. 59?

mento alla *traditio* in sè e alla *traditio* come condizione per l'*usucapio*, credo incontrerà qualche scettico. Qui si analizza troppo finamente: si scompongono chimicamente concetti che i giuristi romani avranno forse preferito lasciare intatti. Ad ogni modo affinchè l'argomentazione del Perozzi potesse essere considerata decisiva, bisognerebbe che essa riuscisse a dimostrare che i frammenti nei quali egli ritiene che la *traditio* è commentata non in se stessa ma come condizione per l'*usucapione*, non possono essere di commento ad una voce *traditum* o simili. Invece egli ha appena dimostrato che possono anche essere di commento alle parole *nondum usucaptum*. Edico appena, perchè mi pare che al v. *nondum usucaptum* dovessero trattarsi soltanto quei quesiti che riguardavano il mancato decorso del tempo necessario per la *usucapione*. Non sarà quindi esagerato dire che la sua dimostrazione, se può a prima vista imporsi, non regge ad una minuta analisi. Credo che a conferma di questo giudizio possa servire una esegesi spassionata del fr. 10 pr. Dig. 41, 3:

Ulpianus libro XVI ad Edictum.

Si aliena res bona fide emptā sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis. et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum.

Qui è riferita una controversia, già risolta dalla giurisprudenza, la quale tuttavia non avrebbe potuto, secondo ogni verosimiglianza, sorgere, se nell'editto originario non vi fosse stata menzione di *traditio*; nè certo almeno avrebbe potuto essere risolta a favore dei sabiniani. Questa controversia presuppone che *emptio* e *traditio* fossero nell'editto parificate così appunto come sono nella formula riferita da Gaio IV, 36! Ora se l'editto publiciano già conteneva menzione della *traditio* perchè l'avrebbe esclusa Giuliano? E perchè Ulpiano si sarebbe occupato di tale controversia appunto commentando l'editto? La distinzione del Perozzi non ha a mio avviso tanta potenza da riescire a risolvere soddisfacentemente a queste domande.

V.

Tutte le precedenti osservazioni sono forse sufficienti per costituire uno “ *stato di possesso* „ in favore della idea, che al Perozzi non sia riescito dimostrare i due dati fondamentali della sua tesi. Ammesso ciò sarà lecito procedere con maggiore libertà nella critica degli argomenti accessori e complementari della sua dimostrazione. Così per ciò che riguarda la dimostrazione positiva della non classicità di tutta la prima parte dell'editto come ci è conservato nel fr. 1 Dig. h. t., può subito riobbiettarsi che la difficoltà che offrono le parole *id quod traditur* si può anche e naturalmente superare senza ricorrere alle radicali soppressioni cui ricorre Perozzi. (Veggasi la ipotesi in proposito dell'Ermann.)¹⁾ Anche la deformità del commento alle parole *ex justa causa* non viene felicemente curata col metodo radicale del Perozzi. Che questo commento sia errato, magro e tautologico è bensì vero, ma ciò nè ci costringe nè ci giustifica ad attribuirne *le parole commentate* ai compilatori. Potremmo tutt'al più affermare come assai probabile *non essere classico il commento*, il che poi si spiegherebbe facilmente pensando che ai tempi di Giuliano l'estensione dell'originario editto publiciano ad ogni *justa causa* fosse già avvenuta per opera della giurisprudenza e accolta in una modificata clausola edittoale da Giuliano nel suo editto perpetuo. Ammessa questa ipotesi, che non ha in sè nulla di inverosimile (vedi oltre), potremmo anche giungere ad affermare non avere mai *potuto esistere* nella giurisprudenza classica un commento edittoale alle parole *ex justa causa*. Non cioè nell'epoca pregiuliana, perchè l'editto publiciano non le conteneva; non nell'epoca postgiuliana, poichè essendo la riformata clausola edittoale giuliana un prodotto della giurisprudenza, questa non poteva ricominciare a dedurne, commentando, dalla clausola, ciò che aveva trasfuso nella clausola medesima cioè l'estensione della *publiciana actio* in base ad ogni *traditio ex*

1) Op. cit. pag. 232. L'ERMANN ricostruisce l'editto giuliano come segue: *si quis id quod traditum erit ex justa causa nondum usucaptum petet iudicium dabo*. Questa mi sembra la ricostruzione più verosimile e, finora almeno, più fondata.

justa causa. ¹⁾ Invece ai compilatori giustiniani poteva sembrare utile e fin necessario riassumere in un breve commento alle parole *ex justa causa* la sfera d'applicazione dell'azione: essi infatti non potevano riprodurre tutti i commenti all'antico editto ritoccati e completati come possiamo ammettere che furono dai commentatori postgiuliane!.

Quanto poi alle parole *a non domino* la dimostrazione del Perozzi è certo felice e riescita. ²⁾ Queste parole sono interpolate. Pure gli è evidente, nè occorre insistere in proposito, che questa dimostrazione non ha uno speciale valore a sostegno della tesi del Perozzi.

VI

Veniamo così alla melanconica conclusione, che in materia di publiciana, per ciò che si attiene alla ricostruzione dell'editto, poggiamo pur sempre in un terreno di ipotesi. Ciò ci induce a dare breve svolgimento ad una idea la quale non è nuova, ma che si presenta più naturale e convincente dopo le osservazioni del Perozzi, e che forse giustifica, per se stessa, quanto ebbi ad affermare al principio di questo studio, che cioè la dimostrazione del Perozzi va oltre al fine cui è diretta. Che la publiciana sia stata introdotta pel caso tipico di *emptio bonae fidei* mi sembra ormai da porsi fuor di dubbio. Che pertanto l'editto originario fosse ristretto nella sua formulazione a questo caso mi sembra pure e conseguentemente, verosimile.

Di fronte al testo dell'editto quale ci è conservato nel fr. 1 Dig. h. t. non può quindi sorgere che un quesito e così formulato: *chi ha trasformato l'editto? Salvio Giuliano o i compilatori Giustiniani?* Il torto precipuo del Perozzi consiste, se non erro, nel non aver tenuta abbastanza presente questa alternativa, e il non avere per conseguenza sempre con zelante scrupolo confrontato e pesato gli argomenti che stanno in favore e contro a ciascuna

1) Invece non presenta difficoltà il fatto che nei commenti si parte normalmente dalla ipotesi di *emptio b. f.* Ciò si spiega colla indole tradizionale della letteratura giuridica: le opere nuove avevano la loro base nelle vecchie e si svolgevano per accrescimenti ed alluvioni....

2) Op. cit. p. 80-82.

di queste due ipotesi. Per varie considerazioni io ritengo che la riforma sia piuttosto da ascrivere a Giuliano, e se queste saranno persuasive mi si potrà concedere di non seguire più oltre in una critica tediosa e troppo minuta. ¹⁾

Il punto di partenza è dato dall'indole della riforma che la modificazione della clausola edittale implica. Non era una riforma pratica, ma di forma o meglio ancora di formulazione. Non si trattava di estendere un certo rimedio giuridico a casi ai quali non fosse ancora applicabile, ma di esprimere a quali casi già per *jus receptum* fosse applicato. Ai tempi di Giuliano una tale riforma poteva sembrare opportuna. Giuliano stesso aveva già contribuito come giurista ad estendere la *publiciana* ad ogni *traditio ex justa causa*. ²⁾ Come riordinatore dell'editto il ritoccare conformemente la clausola doveva sembrargli naturale e facile. Vero è che noi nulla sappiamo di preciso intorno alle facoltà accordategli e l'uso di esse fatto, nè ci sono rimaste tracce considerevoli di ritocchi e modificazioni da lui compiute; ma appunto per ciò non possiamo impennarci di fronte all'idea che pur molto egli abbia ritoccato e corretto. Che Giuliano volesse conservarsi "*fedele al sistema del conservare il più possibile dell'antico editto*," possiamo anche ammetterlo; ma ciò non contrasta menomamente l'ipotesi che pur egli abbia ritoccato e fin rifiuto più d'un editto; e fra gli altri quello della *publiciana* in modo da farne combaciare la clausola con la sfera d'applicazione. In ciò non potremmo vedere un venir meno alle tradizioni, un introdurre subbiettive novità! Sarebbe stata una semplice modificazione di forma senza conseguenze pratiche, circostanza questa che può per sè sola spiegarci come della riforma non sia stata conservata memoria. Pretendere una dimostrazione della medesima allo stato

1) Mi esonero così dall'esame della ricostruzione del commento all'editto della quale bisogna riconoscere che è assai ingegnosa e suggestiva, p. 79-80.

2) Ciò ammette anche PEROZZI, p. 83. A questa attività di Giuliano va anche riferito il fr. 7 § 1 e il fr. 11 § 3. Questo ultimo fr. è anteriore all'ordinamento dell'editto (ERMANN, op. cit. pag. 240); cade quindi l'argomento che su di esso cerca fondare PEROZZI, p. 61.

delle nostre fonti e delle nostre cognizioni sull'epoca e sull'opera giuliana mi sembra esorbitante. ¹⁾

Se ci proviamo invece ad attribuire col Perozzi, la modificazione della clausola a Giustiniano, non riusciremo a persuaderci facilmente. E in prima linea per la indole stessa della riforma. La quale a chi ben consideri non era affatto, come il Perozzi afferma (p. 85) opera da legislatore, ma piuttosto, ciò che egli esclude, di riordinatore. E infatti in che avrebbe consistito questa riforma? Nel " *modificare la formula dell'editto in modo tale che in essa rimanesse descritto tutto il largo campo di applicazione divenuto proprio della publiciana.* " (p. 83). Ora chi vorrà ammettere che questa sia opera vera e propria legislativa (in senso sostanziale)? Il legislatore in quanto compie tali opere è giurista, è scienziato, è teorico: non è un legislatore nel senso proprio e materiale della parola, in quel senso nel quale *nel maggior numero delle loro riforme sono i compilatori giustiniani*. Ma il peggio è che a noi di simili riforme non restano altri esempi, mentre al contrario sono casi di leggi ed editti riprodotti nella loro formulazione originaria, malgrado lo sviluppo posteriore da essi avuto dalla giurisprudenza. Basta pensare alla Lex Aquilia! Se i compilatori si fossero voluti dedicare a questo genere di lavori avrebbero avuto un bel da fare. E a noi che cosa sarebbe rimasto delle antiche leggi e editti e dei loro commenti, se avessero proceduto in tal modo? Avremmo tante leggi false e tanti relativi commenti pure falsi e bizantini.

Un altro ordine di idee pel quale a me non è riuscito, neppure a prima vista, di convincermi della tesi del Perozzi è il seguente. Se i compilatori avessero realmente inventato l'editto l'avrebbero probabilmente commentato in un modo più ragionevole e chiaro. Quella assurdità del commento sulla quale tanto si fonda

¹⁾ Il fr. 1 § 1 Dig. 13, 6, nel quale ci è conservata memoria di un ritocco giuliano, dà una base sufficiente alla nostra ipotesi, e offre argomento a spiegare come di altri possibili ritocchi non sia stata conservata memoria. Gli è che la distinzione antica fra *utendum dare e commodare*, che fu soppressa da Giuliano, implicava conseguenze pratiche. Del rimanente resta sempre più naturale ammettere che Gaio IV. 36 e fr. 13 Dig. h. t. anziché riassumere la dottrina, parafrasasse la clausola editale giuliana.

il Perozzi¹⁾ finisce per provare più di quanto egli voglia e sia utile alla sua tesi. Quanto noi conosciamo sull'opera dei compilatori ci induce a ritenerli sbadati, trascurati, giuristi più per tradizione od atavismo che per coscienza e forza propria, soggetti quindi a distrazioni, a contraddizioni, a perdere il filo delle idee, a confondersi e a trarsi di imbarazzo con audaci errori: tutte proprietà di mente raffinate, ma fiacche e sfibrate, capaci di finire un ragionamento a orecchio o a suon di frase. Ma tutto ciò, ed è ben molto da ammettersi, non basta a persuadere che essi non sapessero infilare una piccola spiegazione o commento di un editto da essi medesimi creato con propositi chiari e netti! La oscurità del commento deve avere un'altra causa e questa causa è forse la seguente. Le *multae juris partes quibus quis dominium nancisceretur, utputa legatum vel mortis causa donatio* (fr. 1 § 1 e fr. 2 e seg.) indicano una ulteriore estensione della publiciana accennata già forse nell'epoca classica, accentuata nell'epoca postclassica e voluta sancire da Giustiniano in quanto quella domanda senza risposta che avrebbe potuto esprimere un dubbio nella dottrina classica nella compilazione giustiniana implica decisione affermativa.²⁾ Se i compilatori avessero realmente rifiuto l'editto avrebbero cercato certamente di estenderlo anche oltre il caso generico di *traditio* risparmiandosi poi la domanda: *sed cur traditionis dumtaxat* etc? Oppure se non volevano andare tanto oltre,

1) Il Perozzi trova che il fr. 1 § 2 « non ha senso comune » e che in esso « si parifica tradizione e usucapione nell'idea che sono due modi di acquistare la proprietà. » L'accusa non mi sembra fondata. Il fr. dice che è strano che l'editto facesse menzione soltanto di una *usucapio* in base a precedente *traditio* come substrato necessario al sorgere dell'*actio publiciana* mentre la proprietà può acquistarsi anche in altri modi. Non voglio sostenere che il fr. sia genuino, ma solo che non è così mostruoso come il P. afferma e che dà un senso possibile.

2) Non sarebbe consono all'indole di questo scritto entrare in un minuto esame dei testi che giustificano queste affermazioni. Basti citarli (fr. 2; fr. 7 e 7 § 12; fr. 9 § 6; fr. 12 § 1. fr. 15 Dig. l. t.) osservando che ove realmente, come io credo, già nel diritto classico si avesse la tendenza ad estendere la *publiciana* oltre i casi contemplati dall'editto giuliano, e questa tendenza si fosse poi nella pratica e giurisprudenza posteriore sempre più accentuata, i compilatori avrebbero certamente dovuto considerarla, e per considerarla ed esprimerla più recisamente si sarebbero dovuti trovare nella necessità di interpolare i testi classici. Molte anomalie potrebbero così più naturalmente trovare la loro spiegazione.

potevano risparmiarsi la inutile domanda e passare oltre alla enumerazione delle *justae causae*. Oppure infine avrebbero potuto anche inventare un commento, ma non così stranamente alla voce *traditum*. Tutto ciò avrebbero potuto fare piuttosto che cadere nelle imbrogliate spiegazioni che ci sono giunte nei Digesti, *se essi avessero realmente creato l'editto*. Non avendo creato l'editto, si intende che le spiegazioni sieno così come sono, ammettendo che volessero contenere un ampliamento della sfera d'applicazione dell'editto. Perchè, dato questo fine da raggiungere, non era più opportuno riprodurre sotto l'editto i commenti ad *v. traditum* della formula, ma bisognava invece servirsi della parola *traditum* dell'editto per innestarvi le altre *partes juris* etc.! ¹⁾

In fine un ultimo ordine di idee che mi persuade a non accogliere la tesi del Perozzi consiste pur sempre in quelle famose e tormentate parole *ait praetor: qui bona fide emit* del fr. 7 § 11 h. t., alle quali il Perozzi crede di avere trovato il "posto ad esse da tanto tempo invano cercato. „ Per il Perozzi. „*esse non sono che la riduzione delle parole dell'editto omesse prima dai compilatori che qui compaiono alterate*„ (p. 75.) Ma per ammettere ciò bisogna persuadersi anticipatamente che i compilatori in materia di Publiciana procedessero assai curiosamente! Costoro che nel fr. 1 avevano voluto creare un nuovo editto completo si trovano poi tosto nella necessità di servirsi appunto di quell'editto che essi avevano voluto sopprimere, trasfondendolo nel nuovo e più ampio da essi creato? Sta bene infatti che essi volessero sostituire la *traditio ex justa causa* alla *emptio bonae fidei*; ma una volta intrapresa la riforma, perchè escludere dal nuovo editto, da loro creato, l'elemento della *bona fides*? O che forse escludendo questo elemento di proposito dalla clausola edittale, non sarebbe poi stato possibile richiederlo nel commento senza riallacciarlo ad un editto qualsiasi? Bisogna convenire che il procedimento, così attribuito ai compilatori, è così poco naturale e logico, da non potere senza sforzo essere attribuito a menti sia pur bizantine. Ma se invece

1) Sopra il fr. 3 pr. e § 1 e seg. (p. 73-75) non insisto, perchè non necessario in quanto le traccie di maneggiamento che vi si riscontrano abbastanza naturalmente si spiegano come ho sopra accennato.

ci mettiamo sulla via da me qui indicata, la cosa si chiarisce non poco. Se le parole del fr. 7 § 11 h. t. sono realmente parole edittali come cerca dimostrare il Perozzi,¹⁾ potremo con una certa verosimiglianza supporre che siano dell'originario editto publiciano! Certo anche con questa supposizione non ci si salva da ogni dubbio²⁾ ma a dubbi minori si va certamente incontro ritenendo che Giuliano, rifacendo la clausola edittale, rilasciasse di proposito alla dottrina la determinazione del requisito della *bona fides*.

G. PACCHIONI.

1) op. cit. p. 76-75. Vedi ora GRADENWITZ, Zeitschrift der Savigny-Stiftung XII p. 136, Zwei Bemerkungen zur Publiciana (Zeitschrift der Savigny-Stiftung vol. XII nuova serie pag. 136-37).

2) È vero infatti che anche a me potrebbe obiettarsi: e perchè Giuliano avrebbe lasciato cadere il requisito della *bona fides*? Ma in ogni evento potrebbe risponderci che non fu poi Giuliano a riallacciare la trattazione del requisito della b. f. all'editto ehe egli aveva rifiuto. Qui forse siamo di fronte ad una manifestazione del carattere tradizionale della letteratura giuridica romana. Ulpiano attingeva forse ad una fonte anteriore a Giuliano, La nostra ipotesi poi riuscirebbe anche a spiegare come nella *formula* riportata da Gaio IV, 35 non sia fatta menzione di *bona fides*. La formula di Gaio corrispondeva all'editto giuliano nel quale di b. f. non era più traccia: i requisiti delle azioni fondate sopra editti, ma che devono la loro elaborazione alla giurisprudenza, non vengono sempre accennati nelle formule.

Alcuni testi e documenti giuridici

Credo che non riuscirà inutile, né sgradito ai lettori del nostro *Bullettino* il trovar qui riuniti alcuni testi e documenti importanti pel diritto romano, che furono in questi ultimi anni pubblicati in varie Riviste non sempre facilmente accessibili ai cultori del diritto, e che o pel tempo della scoperta loro o per la loro natura non furono compresi nelle ultime raccolte di testi ad uso degli studiosi del diritto romano, quali sono BRUNS *Fontes iuris romani antiqui* (ed. 6^a cura Th. MOMMSEN et O. GRADENWITZ, 1893) e GIRARD *Textes de droit romain* (2^a ed. 1895).

I.

Costituzione di Giustino e Giustiniano per la protezione degli uomini e delle terre dell'oratorio di S. Giovanni (a. 527)

Il Signor C. DIEHL ha pubblicato coi supplementi e le opportune illustrazioni nel *Bulletin de correspondance hellénique*, 1893, pag. 501-520, una iscrizione scoperta nel settembre 1889 dal Sig. G. Cousin nel villaggio di Ali-faradin, distretto d'Istanos, sul limite tra le provincie di Pisidia e di Cibyratide. In essa si contiene il testo latino e la versione greca di una costituzione degli imperatori Giustino e Giustiniano in data 1 Giugno 527 (Kal. Iun. Mavortio v. c. cons.), cioè dei primi mesi dell'assunzione di Giustiniano al trono imperiale.

Io ristampo qui il testo coi supplementi del Signor Diehl (in corsivo nel testo latino e tra parentesi quadro nella versione greca), i quali sono in complesso abbastanza sicuri, perchè i due testi reciprocamente si integrano.

Riguardo al merito sono da riscontrarsi le importanti illustrazioni del Diehl. In sostanza lo stato deplorabile dell' amministrazione e della sicurezza anche di fronte ai militi ed agli agenti di polizia, e soprattutto le usurpazioni dei beni delle chiese ci erano già testimoniati dalle molte disposizioni delle Novelle Giustiniane.

Imp. Iustinus et Iustinianus AA. Arche|lao pr. pr. Orientis.
Quia omnes indemnes con|venit nostras servari collatores prae|cipue
possessiones ad venerabile ora|torium sancti apostoli Iohannis per|
tinentes ea providentia frui oportet; | propter hoc memoratas pre-
cibus pos|sessiones eorum colonos vel adscrip|ticios et curatores aut
conductores se|curos ab omni laesione permanere, tam|a transitu
militum vel violentiae prohibet|oribus quam ab illis militibus qui
sedes|prope easdem possessiones habere nos|cuntur, nullo eorum
audente quo|cumque damno ex quacumque occasione eos affligere,
si preces verae sunt, | competentis oraculi sacra sanctione decer|
nimus: quam rector provinciae una cum | officio suo modis omnibus
observare effi|ciat severissima poenali condem|natione..... minime
defutura cont|ra violatores nostrorum apicum omni obr|eptione.....
ntium sive per sacrum | apicem, sive per vicem postulationis | aut
alio quolibet modo facta iam vel | futura cessante. Data Kalen-
das Iunias Constantinopoli, Mavortio viro clarissi|mo consule +
MI rescripsi + reco|gnovi + 'Από τε καί ἄλλως ἀξ|ημίους προσή-
κ|ει| τοὺς ἡμετέροισι, [φ]υλάττεσθαι συντελεσ|τάς, μάλιστα τὰς κτήσεις
τὰς τῷ σεπτῷ εὐ|κτηρίῳ τοῦ ἁγίου ἀποστόλου Ἰωάννου προσ|ηκούσας
ταύτης τῆς προνοίας ἀπολαύ|σαι χερί· καὶ διὰ τοῦτο τὰς φερομένας ἐν
τέσ|εικτηρίαις κτήσεις καὶ τοὺς τούτων γεωρ|γούς καὶ ἐν ἀπογεγράφους
καὶ φροντιστάς | [καὶ μισθωτάς ἀβλαβεῖς μένειν ἀπὸ τε στρατι|] ωτῶν
[παρ|όδου ἢ βιωκολύτων, ἀπὸ τε|] τοῦτ|ων τῶν ἀ|ξιμῶν οἵτινες
πλησίον τοῦτ|ων τῶν κτήσεων εἰδρῦ|μενοι γινώσκοντε [μη|δ]ενὸς ἐκ
τοῦτ|ων τολμῶντος οἰαδήποτε ζ|η|μί|α ἐξ οἷας οὐ[ν] π|ροφάσεως τοῦ-

τους συντρίβιν, εἰ ἀληθεῖς εἰσὶν αἱ δεήσεις, διὰ τῆς προσηκούσης
 θίας νομοθεσίας θεσπίζομεν ὅτινα τ[ύ]πον τῆς ἡμετέρας θεότητος
 ὁ λαμπρότατος | ἀρχων τῆς ἐπαρχίας μετὰ τῆς εἰδίας τάξεω[s] |
 ἅπασιν τρόποις παραφυλάττεσθαι φρον|τιεῖ βαρυτάτης φoin[ῆ]ς οὐδαμῶς
 ἐλλιψούσ[ης] κατὰ τῶν προπετενομένων κατὰ τῶν ἡμε[τέ]ρων βασι-
 λικῶν ψήφων, πάσης συναρπαγ[ῆς] | ἀπὸ τῶν ἐναντίων κατασκευα-
 ζομέν[ων] | κατὰ θίον ψῆφον εἴτε κατὰ ἄλλην α[.....]η καὶ ἄλλω
 οἰωδῆποτε τρόπῳ γ[εγενη]μένης ἥδη ἢ μελλούσης γίνεσ[θαι] παραυ-
 τικά | σχολαζούσης +

Il greco, come si vede, è inciso scorrettamente.

Così si ha ε per αι, si ha ι per ει, φoinῆς per ποινῆς e simili.

II.

Frammento di una LEX SALTUS in Africa

Nel *Bulletin Archéologique du Comité des travaux historiques* 1893 p. 219 n. 38 fu pubblicato un frammento di legge trovata in Africa a Henchir-Sidi-Bon-Hamida. Esso fu riprodotto dal prof. CAGNAT nella *Revue Archéologique* 1894 p. 411 e dal Signor A. SCHULTEN nel suo libro *Die Römische Grundherrschaften* (Weimar 1896) p. 133, al quale rimandiamo il lettore per l'illustrazione della materia. Ecco il testo:

VNI. DOMIN

IX. HAC. LEGE. DARI. DIBITAM. P

(f)RVCTVM .NATVM. CENTESIM

M. QVI. EX. HAC. LEGE. INST

GE.DARI. FIERI. PRAEST

.ABITVR. COLON

EX.....

III.

Nello stesso volume *Bulletin Archéologique du Comité des travaux historiques* 1893 p. 231 n. 84 si trova il seguente testo di unu*

iscrizione trovata in Africa a Henchir-Snobbear riprodotto anche dal prof. CAGNAT nella *Revue Archéologique* 1894 p. 413.

..... et] Acilio Glabrione ii? co(n)s(ulibus) pr[id(ie) Ka?] l(en-
das) Aug(ustas)... | et possessorum civium ibi Victor Callitios(i)
f(ilius) et Hono[ratus].... v(erba) f(ecerunt)..... |questos quod
agri suorum pecoribus ovium devas[tarentur] | m conrosas esse
quod ipsum initium honoris nostri | [fuit].... sit? facta etiam
mentionem sacrarum litterarum |no]stramque den[un]tiationem
initium honoris | at eis contu.....rum prodesse et aliter ea
res |se[cu]ndum sacras co[nstituti]ones actum fuerit quae |
s]ubiciendam existima[vim]us. |sum mihi? desiderium vestrum
videtur et exemplo adiuva |vestrum invitis vobis pecora pa-
scendi gratia indu[cat]... re quod si ignorante domino serv[us]
indux[er]it pecora | sum serv[us]m proco(n)s(ul) severe con-
stitutet si iussu domini.... e]tiam praetium servi ex form[a] censoria
(denarios) D dominus | s]ua sponte id admiserint a pro-
co(n)s(ule) plectentur ita ut in | legentur quid fieri placeret
de ea re universi cen | [suerunt.....] unius cuiuscum] que pecora
pascend[i] | cons]titu]tione.....

La data pare sia quella del consolato di Commodus e Glabrione II, cioè l'anno 186 di Cr.

Il testo, secondo l'opinione del Cagnat, sarebbe un frammento d'un decreto municipale con menzione d'una costituzione imperiale.

IV.

Vendita di uno schiavo nell'anno 166 d. C.

Il signor EDWARD MAUNDE THOMPSON pubblicò nell'*Archaeologia* (London 1895) vol. LIV, Second Series IV, pag. 433-438, sotto il titolo *On a Latin Deed of Sale of a Slave; 24th May A. D. 166*, un contratto di vendita di uno schiavo letto in un papiro trovato nel Fayum e acquistato nel 1893 dal British Museum (Pap. CCXXIX).

In cima all'atto vi sono sette sigilli del venditore, del compratore, del fideiussore, dell'amanuense del fideiussore e dei tre testi.

Ecco il contratto:

C. Fabullius Macer, optio classis praetor(iae) Misenatium III ¹⁾ | Tigride, emit puerum, natione Transfluminianum, | nomine Abban, quem Eutythen, ²⁾ sive quo alio nomine | vocatur, annorum circiter septem, pretio denariorum | ducentorum et capitulario portitorio, de Q. Iulio | Prisco, milite classis eiusdem et triere eadem; eum pue|rum sanum esse ex edicto, et, si quis eum puerum | partemve quam eius evicerit, simplam pecuniam | sine denuntiatione recte dare stipulatus est Fabul|lius Macer, spopondit Q. Iulius Priscus: id fide sua | et auctoritate esse iussit C. Iulius Antiochus, manipularius III ¹⁾ Virtute. | Eosque denarios ducentos, qui s(upra) s(cripti) sunt, probos, recte | numeratos, accepisse et habere dixit Q. Iulius Priscus | venditor, a C. Fabullio Macro emptore; et tradedisce ei | mancipium s(upra) s(criptum) Eutythen bonis condicionibus.

Actum Seleu...ciae Pieriae, in castris in hibernis vexilla|tionis clas(sis) pr(aetoriae) Misenatium VIII Kal(endas) Iunias, Q Servilio | Pudente et A. Fufidio Pollione co(n)s(ulibus).

Q. Iulius Priscus, mil(es) III ¹⁾ Tigride vendedi C. Fabullio Macro, optioni | III ¹⁾ eadem, puerum meum Abban quem et Eutythen, et re|cepi pretium denarios ducentos, ita ut s(upra) s(criptum) est. |

C. Iulius Titianus (?) suboptio III ¹⁾ Libero Patre, et ipse rogatus, pro Gaio Iulio Antihoco, manipulario III ¹⁾ Virtute, qui negavit se literas | scire, eum spondere et fide suam et auctoritate esse Abban cuen ed Eutichen, ³⁾ puerum, ed ⁴⁾ pretium eius denarios ducentos, | ita ut s. ⁵⁾ s(upra) scr[i]ptum est. |

1) Abbreviazioni di *triere*.

2) correggi *quem et Eutythen*.

3) Sic, per *quem et Eutichen*.

4) Sic, per *et*.

5) Questo *s* è superfluo

C. Arruntius Valens, suboptio III ¹⁾ Salute, signavi. |

G. Iulius Isidorus, (centurio triere) Providentia, signavi. |

G. Iulius Demetrius, bucinator pri[n]cipalis III ¹⁾ Virtute, signavi. |

| |

"Ετους δος, 'α[ρτεμισ]ίου δε Δομέτιος Γερμανός μισθωτῆς
κυντα[νός] Μεισινάτων ἐκ....κα | τῇ πρά[σει] τοῦ παιδ[είου] 'Αββὰ τοῦ
καὶ 'Ευρύχου.

Il Thompson dà nel suo commento le più opportune illustrazioni di questo testo.

Qui io mi contenterò di poche osservazioni.

La data dell'atto è il 24 Maggio 166 di Cristo. Il console, che qui è detto *A. Fufidio Pollione* altrove si trova indicato col prenome *L. Fufidio Pollione*. ¹⁾

La vendita non è accompagnata da mancipazione; ma si fa constare nell'atto stesso, secondo l'uso, per toglier di mezzo ogni questione e per accertare il passaggio della proprietà, che il prezzo è stato pagato e lo schiavo consegnato. Oltre il prezzo dato al venditore, il compratore deve pagare la tassa, detta qui *capitulario portitorio* con frase che credo non si trovi altrove, la quale deve significare il *portorium*, che per gli schiavi si pagava a tanto per ogni capo ed era perciò detto *capitularium* o *capitulare*. ²⁾ Il Thompson basandosi sulla tariffa della iscrizione di Zarai ³⁾ crede che la tassa potesse nel caso nostro essere di danari 1 ¹/₂; ma il fondamento è troppo mal fermo.

Le indicazioni relative al nome, alla *natio*, all'età dello schiavo sono le consuete.

Notevole pel diritto privato è la formulazione della garanzia pei vizî e per l'evizione. La stipulazione è espressa con la for-

¹⁾ C. I. L. VI, 165. 360. XIV, 4148; confr. *PLENI Fasti consulares*, Lips. 1871 p. 77. Il THOMPSON avverte che secondo il Mommsen la lettura delle prime due iscrizioni non è del tutto certa.

²⁾ Confr. *lex capitularis* nella *lex portus* dell'anno 202 d. C. trovata a Zarai C. I. L. VIII, 4508, CAGNAT *Étude historique sur les impôts indirects chez les romains* (Paris. 1882) p. 112 segg. e autori ivi citati.

³⁾ Confr. nota precedente,

mula *stipulatus est-spondit*, propria del diritto civile e più classica di quella contenuta negli atti di Transilvania. ¹⁾

Invece di tutta la solita enumerazione *sanum traditum esse furtis noxaeque solutum, erronem, fugitivum, caducum non esse*, abbiamo qui soltanto la semplice frase *sanum esse ex edicto*, il che io credo provenga dalla circostanza che lo schiavo venduto aveva appena sette anni e non poteva quindi avere i vizi di *erro* e *fugitivus*. ²⁾ Nella *simplicae stipulatio* per l'evizione il compratore è dispensato dalla *denuntiatio* (*sive denuntiatione*), che di regola era richiesta per potere esercitare l'azione di regresso ³⁾, ma poteva essere esclusa per espressa volontà dei contraenti. ⁴⁾

Degna di osservazione è anche la frase *id fide sua et auctoritate esse iussit* relativa alla fideiussione del *secundus auctor* ⁵⁾, alla quale più sotto corrisponde la frase *eum spondere et fide sua et auctoritate esse* nella dichiarazione fatta da C. Giulio Tiziano pel fideiussore C. Giulio Antioco che non sapeva scrivere.

Riguardo alle ultime linee scritte in greco è oscuro chi sia il *μισθωτῆς κυριανός*. Un *μισθωτής*, come osserva anche il THOMPSON, si trova nell'atto di vendita dell'a. 153/154 scritto in Egitto, che si può leggere in BRUNS *Fontes* 6^a ediz. p. 324.

La data riferita in greco è quella dell'anno 274 di Seleucia corrispondente al 166 d. Cr.; la cifra greca deve leggersi da destra a sinistra.

Il prof. MOMMSEN ha fatto rilevare al Thompson l'importanza della notizia risultante dal nostro atto di vendita, che si trovasse in Seleucia Pieria una squadra della armata Misenense, invece della Seleucena.

VITTORIO SCIALOJA.

1) Vedi LENEL *edictum* p. 446 n. 16.

2) Confr. l'atto di vendita di una schiava C. I. L. III, 959, BRUNS *Fontes* 6 ed. p. 290.

3) Conf. l. 8 C. de evict. 8,44 ecc. Che l'obbligo della *denuntiatio* fosse espressamente menzionato nella formula edittale della stipulazione negava prima il LENEL (*edictum* p. 446), ma afferma ora in un altro luogo (*Palingenesia* II col. 898 nota 6) in base alla l. 37. §. 2 D. de evict. 21,2. Certo negli atti di vendita a noi noti non v'è l'espressa menzione: forse l'obbligo della *denuntiatio* era contenuto nel concetto di evizione, come si era venuto costituendo per la mancipazione.

4) Confr. l. 63 pr. D. de evict. 21,2.

5) Confr. l. 4. pr. D. de evict. 21,2.

REGENSIONI

EISELE. — *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte.* -- Freiburg u. Leipzig, 1896, pag. 1-286.

Sono dodici articoli su varii temi, principalmente di procedura, alcuni veramente preziosi, tutti pieni di buone osservazioni.

I. Il primo (*arbiter*) è sull' origine dell' antitesi *arbitrium* e *iudicium*. Il testo celebre di CIC. *Pro Rosc.* 4, 10 non ci rappresenta il carattere primitivo dell'antitesi: *arbiter* non significava in origine se non il giudice che va sul luogo (*in rem praesentem*). Questa opinione fu messa innanzi per la prima volta dal RUDORFF, il quale riconobbe l'etimologia della parola da *ad* e *bitere* o *bitere*, andare. L'Eisele reca per questa origine il carattere degli antichi arbitrii, specialmente in materia di confini e divisione di beni, la *sententia Minuciorum*, un'altra sentenza emessa nel 19 d. C. da Elvidio Prisco ed inoltre la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, ove l'antitesi tra *arbiter* e *iudex* non può avere il carattere ciceroniano, perchè anche il *iudex* giudica con *intentio incerta*, essendovi per le controversie certe la *legis actio sacramento*.

L'*arbitrium rei uxoriae* di data più recente ha piuttosto il carattere ciceroniano, al quale è facile il passaggio dall' arbitro originario, perchè questo è necessariamente persona tecnica.

Criticare le opinioni divergenti del HUSCHKE e del KARLOWA l'A. si richiama all'analogia coll'*Untergänger* dell' antico diritto germanico.

II. S. N. P. A. Questa parte della formula pare inutile a prima vista; ma si osservi che senza di essa il giudice ha facoltà di condannare, non di assolvere, e quindi per questo rispetto la sentenza non farebbe cosa giudicata; e s'intende allora come la stessa giurisprudenza classica dovesse occuparsi di eliminare i dubbi e il rigore dell'antico diritto: PAUL. 3, 42, 1. cfr. anche 37, 50, 17. Ma non giovava all'uopo la *exceptio rei in iudicium deductae*? L'Eisele completa la spiegazione riconfermando la sua vecchia ipotesi sull'origine della procedura formulare dal processo peregrino, nel quale, come *iudicium imperio continens*, la consumazione processuale deriva dalla sentenza, non già dalla *litis contestatio*.

III. Nella formula dalla *manus iniectio iudicati*, conservata in GAIO 4. 21, l'inciso "*quandoc non solvisti*", per il quale diverse proposte di emenda sono state avanzate, si deve leggere "quando *te* non solvisti". I debiti di giudicato e dannazione dovevano essere estinti in antico mediante la *nexi liberatio*, come i debiti verbali mediante l'*acceptilatio*, secondo la norma dell'*actus contrarius*: il pagamento ebbe efficacia pari solo per l'influenza del diritto delle genti. Ora la formula della *solutio per aes et libram* era appunto concepita: "*ego me a te... solvo liberoque*".

IV. Anche l'*actio depensi* coi suoi gravi effetti (diminuiti dopo che le *leges Iuliae iudicariae*, a detta dell'EISELE, le tolsero l'efficacia rigorosa della *manus iniectio*), aveva sua base nella forma del pagamento *per aes et libram*, richiesta non solo al tempo della *lex Publilia*, ma ancora al tempo di GAIO, se lo *sponsor*, cui era concessa tale azione, oltre la consueta *actio mandati*, decorsi dal pagamento sei mesi, intendeva di esercitarla (GAIO, 3, 127, 422; 4, 171, 25, 186). Di ciò fanno testimonianza, oltre la denominazione dell'azione, le parole stesse di GAIO, il quale in proposito adopera l'espressione *pro reo dependsum est* o *dependisset*, (non già *pro reo solverit*, come avviene circa l'*actio mandati*), la *Lex Iulia Municipalis* l. 115, e le vaghe reminiscenze d'un antico glossario che interpreta *dependere* nel senso di *pro alio solvere*. Se questo caso non è ricordato in GAIO 3, 171-175 non deve far meraviglia, perchè trattasi qui di veri, non immaginari pagamenti *per aes et libram*.

V. L'articolo intorno ai *recuperatores* è rivolto in parte a difendere l'opinione dominante che il *iudicium recuperatorium* abbia sua origine nel processo dei peregrini legati a Roma da veri trattati, contro le obbiezioni del HARTMANN nella sua opera *Der ordo iudiciorum und die iudicia extraordinaria*. L'Eisele prosegue esaminando le ragioni e il modo onde il giudizio recuperatorio venne in seguito ad estendersi ai processi fra cittadini romani in Roma e tra romani e provinciali nelle provincie. Non il carattere di protezione della pace contro le aggressioni e le turbative fornirono il motivo e l'addentellato per questo passaggio, bensì il bisogno di celerità, di sommarietà in alcune cause, ch'era appunto il privilegio del giudizio recuperatorio in sé. [Non è a credere che fosse lecito alle parti, come il Wlassak ritiene, di scegliere a proprio arbitrio giudici o recuperatori, bensì doveva esser stabilito per via di legge o editto quando la causa occorreva che fosse decisa da giudici o da recuperatori.

In questo articolo vi è qualche cosa di dubbio. Certo il caso più comune del giudizio recuperatorio tra cittadini, le *causae probationes* in materia di manumissioni (GAIUS 1, 20) ordinate dalla *Lex Aelia Sentia*, sfugge al motivo della celerità processuale. L'Autore tenta però ingegnosamente di costruire questo caso come una conveniente eccezione.

VI. Il miglior contributo reca l'Autore in materia di *contratti a favore di terzi*. Il principio che dai contratti a favore d'un terzo non nasce azione pel terzo è principio assoluto nel diritto classico, al quale non si concepisce veruna eccezione. I casi noti in cui si riconosce invece una simile eccezione in diritto romano o sono pretta innovazione giustiniana ovvero non hanno tale efficacia di generare azione pel terzo se non in apparenza.

Derivano da GIUSTINIANO i seguenti casi:

1° Il padre, costituendo la dote, ne ha pattuita la restituzione ai nepoti in caso di morte della figlia ovvero alla figlia stessa. Testi interpolati all'uopo: 7 Cod. 5. 14. *licet-actio* (interpolazione attestata da TALELEO sc. Bas. 29. 1. 37); 45. D. 25. 3. *sed permittendum-decurrendum est* e nella frase precedente la parola *directo*.

2° Il creditore pignoratizio nella vendita del pegno ne ha pattuito il riscatto pel debitore. Legge interpolata: 13. pr. 13. 7. *sed et-agere*.

3° Il deponente o comodante di cose altrui ne pattuisce la restituzione al proprietario. Legge interpolata: 8. Cod. 3, 41. *stricto iure; utilis-actio* Mancano queste parole nei Basilici e la ragione più probabile, secondo l'EISELE, è che i Basilici abbiano voluto ripristinare l'antico diritto.

4° I contratti a favore del proprio erede. Qui, se pure abbiamo contratti a favore di terzi, resta la testimonianza espressa di GIUSTINIANO.

Non v'ha che in apparenza una tale efficacia nei casi seguenti:

1° Donazione coll'onere di restituire ad un terzo. L. 3. C. 8. 54. = FR. VAT. 286. A parte le differenze caratteristica della legge dal frammento genuino, importa notare che l'azione concessa al terzo come *utilis* non è un'azione nascente dal patto aggiunto alla donazione, ma precisamente quella della quale si parla nel principio della costituzione e che spetta all'autore della liberalità: cioè una *condictio ob causam datorum* o anche *sine causa* (*ob causam finitam*, trattandosi di donazione temporale). È una cessione legale, e nemmeno di azione contrattuale.

2° Consegna coll'onere di rimettere l'oggetto ad un terzo. L. 5. §. 4. D. 3, 5. Non si tratta di onere, bensì di mandato. Il terzo ha l'azione *negotiorum gestorum*, perchè sussistono i requisiti di una valida *negotiorum gestio*, non l'*actio mandati*, nemmeno *utilis*.

3° Il tutore, il curatore, l'attore si fanno promettere per il rappresentato: L. 3. §. 9. D. 13. 5. L' EISELE si accorda in sostanza coll'UNGER ed il GAREIS, che riassumono tali specie sotto il concetto della rappresentanza, e fa notare la diversità rispetto al procuratore: L. 3. §. 6. eod.

Non provano nemmeno per l'efficacia di tale contratto a favore del terzo la L. 10. §. 2. D. 2. 14, ove non è concessa al terzo o al principale la *exceptio pacti*, bensì la *exceptio doli*, la quale non fa che porre in generale la validità del patto, e che del resto si può spiegare pur sempre colla maggior efficacia della rappresentanza in ordine ai tutori e curatori.

Interpolata finalmente per riguardo alle eccezioni stabilite dall'imperatore è la L. 11. D. 44. 7. *et ideo-possumus*.¹⁾

VII. L'autore torna a difendere il suo concetto circa l'origine civile della *cognitura*, al quale la scienza tedesca si è mostrata finora poco favorevole. Gli argomenti gravi davvero, sui quali insiste, ribattendo le obbiezioni opposte dal RÜMELIN, dal WLASSAK e del VOIGT per la sua tesi che il *cognitor* fungesse già nel processo per *legis actiones*, ma solo *in iudicio*, sono: i *certa et solemnita verba* richiesti per la sua costituzione (GAIO 4. 97), esigenza che riflette il carattere formale degli atti civili e non può, come il Rümelin pretende, spiegarsi col bisogno di determinatezza nel contenuto dell'atto, il confronto della struttura formale con quella di altre formule civili (GAIO, 2, 166. 3, 174. 4, 21), il requisito originario della lingua latina e l'evidente sforzo della giurisprudenza per indurre il riconoscimento della lingua greca, come in altri atti eminentemente civili (FR VAT. 319), l'incompatibilità di condizioni, requisito anch'esso formale, perchè si vieta anche la condizione *quae tacite inest*, e non generato, come al solito si vuole, dal bisogno di determinatezza (FR. VAT. 329; soppresso *cognitoris datio* nella L. 77. D. 50, 17), la necessità infine dell'*actoritas tutoris* per la donna (FR. VAT. 325-329), argomento che si duplica, ove si consideri che ULPIANO 11, 27, se non menziona in proposito la *cognitoris datio*, evidentemente egli viene a ricomprenderla nel termine generale *civile negotium*. D'altra parte il principio generale *alieno nomine agere non licebat* è incompatibile certo colla costituzione del *cognitor* per tutto il processo, ma non vale contro il *cognitor in iudicio*. *Agere* significa *lege agere*: il *cognitor* non proferiva le parole solenni delle *legis actiones*, perchè non interveniva *in iure*. I romani, osserva in proposito il DEBRAY, il solo che abbia accolto i risultati dell'EISELE, non hanno posto in questa materia se non principii processuali, formali. Nondimeno per l'origine pretoria del *cognitor* gli avversarii non possono addurre se non appunto

¹⁾ Sui contratti a favore di terzi v. anche PERNICE (*Labeo* III p. 193-94), il quale riconosce le interpolazioni della L. 13 pr. D. 13, 7, della L. 45 D. 24, 3 e osserva che gli altri testi sono dioclezianeî o più tardi.

questo aforisma (pr. I. 4, 10), ¹⁾ le vaghe parole degli *auct. ad Her.* 2, 13, 20, per cui la fonte del *cognitor* sarebbe l'*aequum et bonum*, e le idee familiari al nostro spirito circa il concetto della rappresentanza.

La critica fatta degli avversarii trascende in questo articolo, il più lungo di tutti, i limiti del tema e forse non sempre opportunamente. Vi si combattono le idee del WLASSAK circa l'origine e l'esistenza contemporanea di un *cognitor in iudicio* e *in iure* nella procedura formulare, con carattere diverso e in parte contraddittorio, circa il significato di *iudicium* = *formula* di *petere* = *litem contestari*, circa la natura della *l. c.* nel processo formulare, etc.

VIII. Lo scritto abbastanza esteso *sulla natura e la storia della capitis deminutio* è una nuova difesa dell'opinione del SAVIGNY che la *capitis deminutio* significhi diminuzione della capacità giuridica, contro l'opinione dominante oggidi e svolta principalmente dallo SCHEURL, che significhi invece estinzione della personalità giuridica congiunta eventualmente, come nella *media* e *minima capitis deminutio*, coll'acquisto di una nuova. Non giova per l'opinione dello SCHEURL e del PERNICE il frequente riscontro della *capitis deminutio* colla morte, vago, contraddittorio talvolta, e riferentesi più ch'altro agli effetti (GAIO 1, 128; 3, 101, 153; L. 1. §. 8. D. 37, 4; L. 4. §. 2. D. 38, 2 interpolata: *nec habetur*; 59. D. 35, 1; 32, § 6. D. 24. 1: 65. §. 11. D. 17, 2, interpolata: *ipse socius*: 65. § 12. *ibid.*). Giova invece assai per l'opinione del SAVIGNY il nome stesso della istituzione ed il perdurare del termine *capitis deminutio*, e precisamente nell'editto, come designazione specifica della *capitis deminutio minima*. La parte del lavoro che più ferma l'attenzione è quella in cui si spiega l'estinguersi di diritti e d'obblighi anche in forza della *capitis deminutio minima*, per essere *incompatibili* col nuovo stato, in cui la persona viene a trovarsi. Il principio era stato affermato dal COHN, ma l'applicazione dell'EISELE è più larga e coerente. Non solo le servitù personali periscono perchè il *filius*

¹⁾ Cfr. il testo più caratteristico di Ulpiano; « *Nemo alieno nomine lege agere potest* » (L. 123 D. 50, 17).

familias quale diviene il *capite deminutus*, non può essere subbietto di simili diritti, che d'altra parte non passano mai in un nuovo subbietto, ma i debiti stessi non è che si estinguano per equità, come fu indotto ad asserire il COHN, bensì per esser il *filius familias* incapace di contrarre debiti nell'antico diritto, il che già intuiva il MANDRY e dimostra oggi la nuova lettura di GAIO 1, 104, che ci ha rivelato come vigente ancora al tempo di GAIO simile incapacità per la *filiifamilias*, la persona in *mancipio* e l'*uxor in manu*. Nondimeno sfugge ancora al principio l'estinguersi del rapporto di società, che l'EISELE si spiega per considerazioni pratiche. Leggi interpolate in proposito sarebbero: 58. §. 2. D. 17,2: *si forte est*; 65. §. 11: *ipse socius*; 63. §. 10: *maxima aut media*; 6. §. 13. D. 28, 3: *num est*; 1. §. 8. D. 38, 17: *nisi deportetur*; 5. §. 3. D. 50, 13: *id est adimitur*.

Non diremo che questa risurrezione della dottrina savignana ci soddisfi molto. Per noi la *capitis deminutio* è un residuo della costituzione sociale primitiva, ed il parallelismo della *magna* e della *maxima* risponde a capello al parallelismo della *civitas* e della *familia*. Se le mie idee circa il carattere dell'ordinamento primitivo fossero diventate abbastanza comuni, si potrebbe facilmente arrischiare, su quella base, la ricostruzione della *capitis deminutio* ed apprezzare in luce diversa alcuni preziosi indizii. L'EISELE, per es., indotto a negare la *capitis deminutio* dell'adottato e dell'emancipato, spiegandola, come il SAVIGNY, per via del passaggio attraverso il *mancipium*. Il testo di PAOLO 3 §. 1. D. 4, 1 pare che gli dia ragione; ma in materia di rudimenti storici la maggior cautela è da usare appunto nei motivi, specialmente formali, recati dai teorici di un'epoca più tarda forse di mille anni.

IX. Segue un articolo sul *sacramentum* e la *lex Pinaria*. L'EISELE respinge l'ipotesi attraente del Ihering (*Vorgeschichte der Indoeuropäer*, p. 436) che il *sacramentum* abbia avuto origine quale espropriazione per essere stata sottratta al giudizio di Dio la decisione delle controversie. Non vi si confà nè la denominazione, nè la circostanza che il *sacramentum* è pagato dalla parte soccombente non già dalle due parti, (che pure verrebbero ad offendere entrambe la divinità), nè dal magistrato. Contro la nuova ipotesi l'autore si fa invece a corroborare l'opinione dominante,

del DANZ, che il *sacramentum* fosse piuttosto una espiazione dello spergiuro dell'una delle parti, essendo la decisione della controversia rimessa al giuramento. Con questa ipotesi i punti suaccennati concordano assai bene e si spiega facilmente la riforma recata dalla *Lex Pinaria* circa la nomina del giudice: esaurito il sentimento originario, il giuramento diventa una formalità, e non è quindi imprescindibile ormai nominare immediatamente il giudice per decidere senza indugio sullo spergiuro.

X. I nuovi contributi per la latinità di Giustiniano sono una serie di parole o costrutti assai frequenti nelle costituzioni di questo principe: *telis* usato a dismisura, non già nel senso di "eiusmodi", ma più spesso in quello di "mentovato, detto"; *super* coll'ablativo per "de", specialmente *super hoc*, *super his*, ovvero per significare "a favore", o "a causa"; *procedere*, accadere, aver luogo; *nisi* invece di "quam, o quam si", dopo "non aliter, non alias"; *forte*; *imponere* nel senso di "concedere", massime nell'espressione "libertatem imponere", usata per qualunque manumissione (nella *manumissio vindicta* il *festucam imponere* può spiegare l'origine della frase); *derelinquere* nel senso di "elargire", specialmente per atto di ultima volontà; *quidam* per "aliquis", o anche senza necessità; *idem* richiemandosi a ciò che precede senza ragione d'identità; *supponere* nel senso di "impegnare", *omnimodo* o *modis omnibus*; *revelare* "far noto o evidente"; *venire* o *pervenire* in circonlocuzioni (per es., *ad nuptias venire*) o in usi non naturali; *potest habere* o *competere* riferito ad azione o eccezione invece di "habet o competit", quando non v'ha dubbio circa il diritto; *locum habere* specialmente costruito con *ad*; *actio personalis* per "actio in personam"; l'omissione del pronome riflessivo nella costruzione infinitiva; il gerundio impersonale alla greca; *necesse* congiunto con due frasi, ma appropriato solo alla prima. Non tutte queste proprietà del linguaggio giustiniano tornano nuove agli studiosi; senonchè l'EISELE reca tutti i passi in appoggio e corrobora con esse interpolazioni note o ne ammette di nuove, quali sarebbero: L. 21. §. 3. D. 4. 2. *quia est-ullam esse*; 21. §. 1. D. 8. 4. *nisi-consuetudo*; 11. §. 1. D. 4. 4; 7. §. 8. D. 24. 1; 34. D. 38. 2; 25. §. 4. D. 22. 3; 7. C. 4. 24; 38. D. 5. 1; 85. D. 30; 57. §. 2. D. 18. 1.

XI. Il contributo per noi meno interessante è l'articolo sulle *res Mancipi*. Esso concerne problemi non solo sciolti, ma oltrepassati dalla scienza romanistica italiana, e mostra quanta poca cognizione si abbia in Germania della parte originale della nostra produzione scientifica. Quale senso ha la distinzione delle *res Mancipi* e *nec Mancipi*, per quale scopo essa è nata? È riconosciuta la *mancipatio* di *res nec Mancipi*? Tali sono le domande che l'autore si muove, e giustamente ritenendo, contro l'opinione comune in Germania, la non mancipabilità delle *res nec Mancipi*, senza però alcun argomento nuovo, ne deduce la singolar conseguenza che la *mancipatio* è posteriore alla *in iure cessio* e non venne introdotta per aggravare l'alienazione delle *res Mancipi*, bensì, come ritenne il DANZ, per renderla più agevole e pronta.

L'autore mostra d'ignorare completamente il 2° Volume del mio libro sul tema delle *res Mancipi* e *nec Mancipi*; al suo sguardo acuto non sarebbe sfuggito che non v'ha popolo in cui non si trovino distinzioni perfettamente analoghe negli oggetti, negli effetti, nella evoluzione storica e che la nostra distinzione dei beni immobili e mobili, la cui assenza nel diritto romano reca tanta meraviglia e partori spesso così fallaci induzioni, ha il suo tipo corrispondente nella distinzione delle *res Mancipi* e *nec Mancipi*. Nè mancano riscontri bellissimi: lo Stato che nel Medio Evo emulò le glorie e l'ordinamento politico di Roma, la repubblica di Venezia, escludeva dal novero delle cose immobili i fondi provinciali, come già Roma gli escludeva dall'elenco delle *res Mancipi*. Dati questi fatti, il fondamento e l'origine delle *res Mancipi* sono problemi alla cui soluzione si corre naturalmente, tanto più che gl'indizii diretti non mancano, e ne rimane illuminata tutta la primitiva costituzione sociale ed economica di Roma. L'anima storica sparisce, e ciò che invece appare degno di spiegazione è l'estinguersi delle *res Mancipi* e *nec Mancipi*, è il carattere misterioso ch'esse hanno già per GIUSTINIANO; senonchè pure su questo punto l'improvvisa rivoluzione economica di Roma nel II° secolo av. Cr., la tenace resistenza delle *res Mancipi* e della *mancipatio* nel mondo occidentale e nel diritto prettamente romano, le preponderanza dell'Oriente nello svolgimento del diritto dal terzo secolo di Cristo, sono dati il cui apprezzamen-

to scevro di preconceppi mena sicuri alla soluzione dell' inatteso problema e spiega il sorgere per la prima volta delle cose immobili e mobili, distinzione che si può ben dire ignota al mondo classico, e dei modi pubblici di alienazione delle prime.

Anche questo articolo tuttavia non difetta di buone osservazioni e di alcuni tocchi sicuri.

XII. L'ultimo breve contributo è dedicato alla storia della citazione per denuncia, intorno alla quale più le numerose e disperate opinioni si contrastano il campo. L'EISELE nondimeno ne aggiunge una nuova, corrispondente ad un suo generale ordine d'idee: che la *litis denuntiatio* abbia avuto origine dal processo dei peregrini in Roma stessa, e MARCO AURELIO non abbia fatto altro se non trasportarla nel processo tra cittadini. A tal fine l'autore, premesso che per gli stranieri doveva esistere una forma di citazione diversa dalla *in ius vocatio*, non essendo loro applicabili le leggi romane, ricollega la notizia di GAIO (4,18) che nell'antica lingua *condicere* significasse appunto denunciare, ed il *condictus dies cum hoste* di PLAUTO (*Curcul.* 1. 1. 5) e GELLIO (*N. att.* 16. 4), che sarebbe, a suo avviso, il termine *in iure* dell'antico processo peregrino, mentre lo *status dies* (FESTUS v. *status*; MACROB. p. 314, sarebbe il termine *in iudicio* posto al peregrino.

Tra le tante, questa congettura dell'EISELE ci sembra abbastanza attraente e plausibile.

P. BONFANTE .

NOTIZIE



La riproduzione del Codice delle Pandette Fiorentine

Una notizia, che riuscirà certo molto gradita a tutti gli studiosi del diritto romano e che il *Bullettino* è lieto di poter annunziare, è quella della prossima riproduzione in fototipia del Codice delle Pandette Fiorentine, per cura del Ministero della Pubblica Istruzione.

Già fin dal 1893 Ferdinando Martini, allora ministro di questo dicastero, aveva ideato di riprodurre il prezioso codice col processo della fotoincisione, ed affidava la direzione del lavoro al comm. Guido Biagi. Al prof. Bonamici poi dava l'incarico di redigere una prefazione critica, nella quale si esponessero le ragioni dell'opera e il metodo scientifico e tecnico con cui essa sarebbe stata condotta. Il lavoro fu incominciato subito, fu condotto avanti con molta alacrità, ed in brev'ora furono dalla R. Calcografia di Roma, mediante fotoincisione in rame, riprodotti 27 fogli: essi vennero poi raccolti in un fascicolo che dal Ministero fu offerto alle LL. MM. il Re e la Regina d'Italia in occasione delle loro nozze d'argento. Ma sia per la grave spesa, cui pel processo adottato il Ministero era andato incontro, sia pel sopravvenuto mutamento nell'amministrazione del ministero stesso, la riproduzione dovè esser interrotta.

Il Ministro Gianturco venuto a reggere le cose della Pubblica Istruzione, memore del plauso col quale i dotti avevano accolto il saggio di quella riproduzione, venne nel divisamento di portarlo a compimento mediante il processo della fototipia, che è il meno dispendioso dei processi di riproduzione, ed emanava, il 21 maggio 1896, il seguente decreto ministeriale per l'istituzione di una commissione chiamata a curare la pubblicazione e l'illustrazione del Codice Fiorentino:

Il ministro della Pubblica Istruzione

Considerato essere da più tempo vivo desiderio dei dotti che il prezioso Codice delle Pandette Fiorentine, conservato nella biblioteca Mediceo-Laurenziana, sia riprodotto mediante il moderno processo della fototipia, e così ne sia reso facile lo studio;

Considerato che con questa riproduzione si recherà grandissimo giovamento allo studio delle fonti del Diritto romano, mettendo nelle mani di tutti gli studiosi il documento più importante che ne sia rimasto:

DECRETA:

Per curare e dirigere la riproduzione delle Pandette Fiorentine, invigilarne il lavoro, raccogliere i documenti per illustrare la storia esterna e le vicende del Codice, e preparare il Codice diplomatico e la prefazione critica delle Pandette stesse, è istituita una Commissione composta come appresso:

Comm. TORREGIANI, Sindaco di Firenze

Comm. GUIDO BIAGI, bibliotecario della Biblioteca Mediceo-Laurenziana.

Comm. FRANCESCO BONAMICI, professore nella Università di Pisa.

Comm. FERDINANDO MARTINI, deputato al Parlamento

Cav. VITTORIO SCIALOJA, professore nella Università di Roma.

Con successivo decreto del 31 luglio nominava il Sindaco di Firenze Presidente della Commissione.

Con un terzo decreto finalmente del 15 Gennaio 1897 venivano chiamati a far parte della detta Commissione i Signori:

Comm. CESARE PAOLI, professore nel R. Istituto di studi superiori pratici e di perfezionamento in Firenze.

Cav. Prof. ENRICO ROSTAGNO, Conservatore dei manoscritti nella Biblioteca Mediceo-Laurenziana.

Avendo il comm. Biagi annunziato al Ministero che una Ditta era disposta ad assumere a proprio rischio e pericolo la produzione delle Pandette, purchè le venissero assicurati almeno 30 abbonamenti di biblioteche o istituti governativi per il prezzo di lire 800 ogni copia, venne dal Ministero, in data 5 dicembre 1896 diretta una circolare a tutte le Biblioteche governative ed ai più importanti Istituti scientifici, con la quale si propone loro l'associazione all'opera.

L'intera somma di 800 lire potrà essere pagata in dieci esercizi, cioè con versamenti annali di lire 80. Già 18 adesioni son pervenute al Ministero, fino ad ora; l'altre richieste per dar mano al lavoro, non tarderanno a venire, e se tutti volenterosi contribuiranno alla buona riuscita dell'impresa, l'opera potrà esser compiuta nel breve termine di un anno.

Articoli relativi al diritto romano nelle riviste italiane e straniere.

Annales de l'Université de Grénoble, VII, 1. — SAUVAIRE-JOURDAN, *Les Quaestiones perpetuae*.

Annali dell' Università di Perugia, Nuova Serie, VI, 3-4. — G. POGGI, Del Testamento congiuntivo.

Antologia Giuridica, VIII, 18. — G. MARCATAJO MANFRÉ, L' errore nei contratti.

Archivio Giuridico, LIII, 6, — RICCOBONO, Interpretazione e critica del fr. 63 D. 24, 1, Paulus lib. III ad Neratium ed il requisito della furtività nell'actio *de tigno iuncto*. — LIV, 1, — SACCHI, Sulla teoria generale dei *Pacta*. — N. TAMASSIA, Odofredo, studio storico-giuridico (rec. di BRUGI). — 2. — N. TAMASSIA, Le *Ποταί* in Occidente, note per la storia del diritto romano nel medio evo. — BESTA, Per la sigla del glossatore Omobono da Cremona. — SALVIOLI, La pubblicità nella vendita secondo gli antichi diritti (rec. di BONFANTE). — E. BAUBY, De la mancipation (rec. di BUONAMICI). — BERTOLINI, Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano (rec. di BUONAMICI). — 3-4. — RICCOBONO, Cont. e fine dell'art. prec. — BURZIO, La *servitus oneris ferendi* ed il principio *servitus in faciendo consistere nequit*. — N. TAMASSIA, Paralipomeni odofrediani. — 5 - 6. — ROSMINI, La *quaestiones perpetuae* nella storia del diritto penale e giudiziario romano. — BURZIO, Cont. dello

studio prec. — LV, 1-2. — ROSMINI, (Cont. e fine). — BRUNETTI, Diritto romano nella giurisprudenza. — 3-4. — SACCHI, Sul patto commissorio in diritto romano. — ARNÒ, Di un noto responso di Papiniano in materia di diritto d'accrescere nella *repetitio usus-fructus*. — SAVIOTTI, Il *crimen receptatorum* nella sua attinenza col diritto romano moderno. — P. M. PINEAU, Histoire de l'édition romaine (rec. di E. SERAFINI). — 5. — C. BAUDANA VACCOLINI, Il mandato commerciale nel diritto romano. — SACCHI, Cont. dello studio prec. — N. TAMASSIA, Una collezione italiana di leggi bizantine. — PAMPALONI, Contributi alla determinazioae degli emblemi nelle Pandette. — L. LANDUCCI, Storia del diritto romano (rec. di ARNÒ). — 6. — C. FERRINI, Intorno a due recenti note del prof. Francesco Buonamici. — LVI, 1-2. — PAMPALONI, Cont. dello studio prec. — ARNÒ, Il contratto con sè medesimo. — ANDRICH, Dell'alveo abbandonato dal fiume in diritto romano. — FERRINI, Sulla scoperta di parti perdute dei Basilici — SACCHI, La *dispar causa* nella compensazione e il fr. 3, tit. 5, lib. 2 delle Sententiae di Paolo.

Ateneo Veneto, Serie XX, Vol. 2, fasc. 7-10. — L. CANTARELLI, Le fonti per la storia dell'imperatore Traiano (rec. di E. CALLEGARI).

Atti della R. Accademia delle Scienze, XXVIII, 4. — E. FERRERO, Sull' "Interdictum momentariae possessionis" e sulla "Redintegrandae" del diritto canonico (memoria di F. BUONAMICI). — XXX, 8. — F. PATETTA, Contributo alla storia della letteratura medievale riguardante la fine dell'impero romano e la venuta dell'Anticristo. — 15. — Relazione sul lavoro di F. PATETTA, Frammenti torinesi del Codice Teodosiano.

Bullettino della Commissione archeologica comunale di Roma, XXII, 4. — L. CANTARELLI, Nuove osservazioni sulla origine della Cura Tiberis. — XXIII, 3. — L. CANTARELLI, Le distribuzioni di grano in Roma e la serie dei *praefecti frumenti dandi*.

Bullettino dell'Istituto storico italiano, 16. — F. BRANDILEONE, Studio sul *Prochiron legum*.

Bullettino di Archeologia e Storia Dalmata, XVI, 3. — GATTI, Iscrizione Salonitana. — 4. — GATTI, Iscr. (cont. e fine). — XVIII, 4. — CAGNAT, Iscrizioni latine di Dukeja nella Crna Gora (Montenegro) (cont.). — 5. — CAGNAT, Iscrizioni latine, etc. (cont. e fine).

Circolo Giuridico, XXV, 8. — L. SICILIANO VILLANUOVA, Studi intorno alla *defensa*. — Cronaca giuridica — Francia: Nuove pubblicazioni riguardanti la storia del diritto romano nel medio evo. — XXVI, 9 — F. GUGLIELMO SAVAGNONE, Il suffragium commonitorium.

Foro Italiano, XXI, 2 — G. P. CHIRONI, Dell'ammissibilità e del contenuto dell'*actio de in rem verso* nel diritto civile odierno.

Giurisprudenza Italiana, XLVII, 14. — L. EUSEBIO, Contributo alla teorica del *nexum* e del *mancipium* nel diritto romano. — 15. — L. EUSEBIO, Contr. alla teorica, etc. (cont.).

Hermes, vol. XXIX. — A. SCHULTEN, Das territorium legionis. — XXX. — E. MAYER, Der Ursprung des Tribunats und die Gemeinde der vier Tribus. — L. MITTEIS, Zur Berliner Papyruspublication. — W. SOLTAU, Die Aechtheit des Licinischen Ackergesetzes von 367 v. Chr.

Il Filangieri, XIX, 6-7. C. MANENTI, Concetto della *communio* relativamente alle cose private, alle pubbliche ed alle *communes omnium* (cont.). — C. FADDA, Gli onori come oggetto di diritto civile. — 8-9. — C. MANENTI, Concetto della *communio* ecc. (cont. e fine). — C. FADDA, Responsabilità del venditore per le servitù gravanti il fondo venduto. — 10, 11, 12. — C. FADDA, Legato di cose che si trovano in un certo luogo. — XX, 2-3. — C. FADDA, Sopra una particolare figura d'indivisibilità.

Journal des Savants, 1894. — JULIAN, Inscriptions du Musée de Lyon.

La Cultura, XV, 1. — P. WALTZING, Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains e L. HALKIN, Les

collèges des vétérans dans l'Empire romain (rec. di DE RUGGIERO). — P. F. GIRARD, Manuel élémentaire de D. R. (rec. di V. SCIALOJA). — 2 — V. VIAL, De la manus en D. R. (rec. an.). — 4 — G. BRUNETTI, Il Diritto romano e le scienze sociali (rec. di C. CALISSE).

Mnemosyne, XXIV, 1. — F. C. NABER, Observatiunculæ de, iure romano. — 2. — F. C. NABER, id. id. — 3 — F. C. NABER id. id.

Neue Heidelberger Jahrbücher, V, 1. — R. SCHRÖDER, Ein, Brief Savigny's an einen früheren Schüler.

Nouvelle revue historique, XIX, 1. — CANTARELLI, Il frammento berlinese de dediticiis (rec. an.). — KRÜGER, Histoire des sources du droit romain (rec. di COLLINET). — 3 — PERNICE, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit (rec. di GIRARD). — 5 — GUÉRIN, Étude sur le fondement juridique des persécutions dirigées contre les Chrétiens pendant les deux premiers siècles de notre ère. — GSELL, Essai sur le règne de l'empereur Domitien (rec. di BEAUDOUIN).

Nuova Antologia, LIV, 24. — L. CHIAPPELLI, Notizia giuridica su Irnerio.

Rechtsgeleerd Magazin, XII, 1-2. — TICHELAAR, De eed der partijen in het privaatrecht.

Revue de l'instruction publique en Belgique, XXXIX, 1. — HALKIN, Les collèges de vétérans dans l'Empire Romain.

Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, XVII, 6. — VIGNEAUX, Essai sur l'histoire de la praefectura urbis à Rome. — VAN WETTER, Cours élémentaire de droit romain (rec. di HUBERT). — XVIII, 5 — HUBERT, Le droit pénal romain. — 6. — VIGNEAUX, Essai sur l'histoire, ecc. (cont.) — XIX, 1. — APPLETON, Psychologie des compilateurs du Digeste. — 2. — APPLETON, Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir (rec. di VALÉRY). — 3. — VIGNEAUX, Essai sur l'histoire, etc. (cont.). — PINEAU, Histoire de

l'édilité romaine (rec. di VALÉRY). — VERMOND, Théorie générale de la possession en droit romain (rec. di CÉSAR-BRU). — 4. — APPLETON, Le rescrit des Marc-Aurèle. — VIGNEAUX, Essai sur l'histoire, ecc. (cont.). — 5. — PIERRON, Du sens de mots *familia pecuniaque* dans l'ancien droit romain et plus spécialement dans les textes de la loi des XII Tables. — 6. — VIGNEAUX, Essai sur l'histoire, etc. (cont.). — XX, 1. — VIGNEAUX, Essai sur l'histoire, etc. (cont.).

Revue internationale de l'enseignement, VI, 4 — TOUTAIN, Essai sur l'histoire de la colonisation romaine dans l'Afrique du Nord (rec. di FALLEX).

Rivista italiana per le scienze giuridiche, XVIII, 2-3. — G. SEGRÈ, Gli effetti del *dies incertus* quando nelle disposizioni di ultima volontà. — F. SCHUPFER, Le *Quaestiones de iuris subtilitatibus* e la *Summa Codicis*. — M. VOIGT, Das s. g. syrisch-römische Rechtsbuch (rec. di A. ZOCCO ROSA). — XIX, 1-2 — E. COSTA, Papiniano (rec. di B. BRUGI). — F. APPLETON Des interpolations dans les Pandectes (rec. di C. FERRINI). — N. TAMASSIA, Odofredo e l'Agonia di Roma (rec. di G. SALVIOLI). — 3. — E. BEAUDOUIN, La limitation des fonds des terres dans ses rapports avec le droit de propriété (rec. di E. COSTA) — C. ARNÒ, Della distinzione tra servitù rustiche e urbane (rec. di FERRINI). — XX, 1-2. — F. MEILI, Die Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internat. Privat. u. Strafrecht (rec. di FUSINATO). — P. F. GIRARD, Textes de droit romain publiés et annotés (rec. di FERRINI). — Novellae CXXXIV — CLXVIII, Appendices recognovit R. SCHÖELL (rec di A. ZOCCO - ROSA). — 13. — P. BONFANTE, La divisione dei frutti dotali allo scioglimento del matrimonio nel diritto romano e nel diritto civile. — XXI, 1-2. — V. PRANZATARO, Il diritto di sepolcro nella sua evoluzione storica e nelle speciali attinenze col diritto moderno (rec. di C. ARNÒ).

Rivista storica italiana, XI, 4. — L. CHIAPPELLI, Irnerio secondo la nuova critica storica.

Studi e documenti di storia e diritto, XVI, 2-3. — L. CANTARELLI, Le fonti per la storia dell' imperatore Traiano. — E. COSTA, Papiniano (rec. an.). — V. RIVALTA, Dispute celebri di diritto civile estratte dalle Dissensiones Dominorum (rec. an.). — E. CALLEGARI, Delle fonti per la storia di Alessandro Severo (rec. an.). — 4 — E. CARUSI, Note intorno alla dottrina dei legati. — XXII, 1-2 — E. CARUSI, Note intorno alla dottr. (cont.). — L. CANTARELLI, Annali d' Italia dalla morte di Valentiniano II alla deposizione di Romolo Augustulo (anni 455 - 476).

Studi Senesi, XI, 3. — A. F. ROSSELLO, Senatusconsultum Claudianum de mulieribus quae se servis alienis iunxerint. — 4-5. — A. F. ROSSELLO, Senat. Claud. (cont.). — XII, 1. — E. DE RUGGIERO, L'arbitrato pubblico e privato presso i Romani. (rec di A. F. ROSSELLO).

Studii Storici, II, 3. — PAIS, Gli elementi Sicilioti ed Italiani nella più antica storia di Roma — V. 1. — G. NICCOLINI, Fasti tribunorum plebis.

Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte, XVI, 2 — KRÜGER, Ueber *dare actionem* und *actionem competere* in der justinianischen Compilation. — VON POKROWSKY, Die Actiones in factum des classischen Rechts. — ROTH, Die Rechtsgelahrten Hans Jacob und Christian Jacob von Zwielerlein. — GRADENWITZ, Zur Rechtssprache. — KÜBLER, Ueber die Bedeutung von *iudicium* und *formula* bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit. — MOMMSEN, Aegyptische Papyri. — MOMMSEN, Zum römischen Grabrecht. — HÖLDER, Die Stellung des römischen Erben. — GRUPE, Die Gaianischen Institutionenfragmente in Iustinians Digesten. — RICCI, Le interpolazioni nei libri Giustiniane; APPLETON, Des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir (rec. di KIPP). — FITTING, Summa Codicis. Questiones deiuris subtilitatibus des Innerius (rec. di LANDSBERG).

BULLETTINO BIBLIOGRAFICO

- APPLETON C. — Histoire de la compensation en droit romain. — Lyon, Rey, 1895.
- ARNÒ C. — Di un noto responso di Papiniano in materia di diritto d'accrescere nella repetitio ususfructus. — Bologna (dall'Archivio giuridico), 1896.
- BAUDANA VACCOLINI C. — La gratuità del mandato e la mercede nella locazione d'opere in diritto romano. — (Estratto dalla " Corte Suprema „) — Roma, Bontempelli, 1896.
- BERTOLINI C. — La transazione nel diritto romano. — Parte I — Venezia, Ferrari, 1896.
- BESTA C. — Su due opere sconosciute di Guizzardino e di Arsendino Arsendi — (Nozze Centazzo - Tamassia) — Venezia, Visentini, 1896.
- BONFANTE P. — Istituzioni di diritto romano. — Firenze, Barbera, 1896.
- BORGNA G. — Le origini della in jure cessio. — Cagliari, Unione Sarda, 1896.
- BOVIO G. — Disegno d'una storia del Diritto in Italia dall'origine di Roma ai nostri tempi, 2.^a ediz. — Roma, Ci-velli, 1896.
- BRANDILEONE F. — Studio sul Prochiron legum. — Roma (dal Bullettino dell'Istituto Storico Italiano), 1896.
- BRANDILEONE F. E V. PUNTONI — Prochiron legum publicato secondo il codice vaticano greco 845. — Roma, sede dell' Istituto storico italiano, 1896.

- BRASSEUR C. — De la responsabilité du préposant à raison des faits et des actes de son institor en droit romain. — Paris, Pédone, 1896.
- BRINI G. — Intorno al secondo caso del fr. 49 Dig. Mandati vel contra XVII, 1. — (Nozze Centazzo — Tamassia) — Bologna, Garagnani, 1896.
- BRUNETTI G. — Il diritto romano e le scienze sociali (prolu-sione). Firenze, Civelli, 1896.
- BRY G. -- Principes de droit romain, exposés dans leur déve-loppement historique — 2^{me} édit. — Paris, Larose, 1896.
- BOUTET P. — De la police et de la voirie à Rome sous la ré-publique. — Paris, Giard et Brière, 1896.
- CHARLIN G. — De la garantie à raison des vices cachés en ma-tière de vente, en droit romain et en droit français, (Thèse). — Paris, Pédone, 1896.
- CHAVANNE F. — De la propriété et de l'expropriation des mines chez les Romains (Thèse). — Clermont - Ferrand, Mal-leval, 1896.
- COSTA E. — Papiniano: studio di storia interna del diritto ro-mano. Vol. III. (Favor testamentorum e voluntas testan-tium). — Bologna, Zanichelli, 1896.
- COSTA E. — L' Orazione pro Q. Roscio Comoedo, nella storia dei contratti litterali. — (Nozze Centazzo - Tamassia) — Bologna, Garagnani, 1896.
- DARMUZÉY M. -- Du contrat par correspondance en droit ro-main. — Paris, Pédone, 1895.
- DE PROTTE I. ET ZIEHEN L. — Leges graecorum sacrae ex tit. collectae. I. Fasti sacri. — Leipzig, 1896.
- DE RUGGIERO E. — Dizionario epigrafico d'antichità romane — Fasc. 45-52 (Claudia-Commentarii). — Roma, Pasqualuc-ci, 1896.
- DIDIER - PAILHÉ E. — Cours élémentaire de droit romain. Revu et corrigé par Ch. Tartari, 4 édit. t. I — Paris, Larose, 1895.
- DI MARZO S. -- Le seconde nozze nella storia del diritto romano con raffronti col diritto moderno. — Palermo, Virzi, 1895.

- DURAND Y. — Du juge qui fait le procès sien, en droit romain. — Paris, Pédone, 1896.
- ENGELHARDT ED. — Les protectorats romains. — Paris, Pédone, (extrait de la Revue Générale de droit int. publ.) 1896.
- EYSINGA T. A. M. A. HUMALDA. — Schets van het Romeinsche erfrecht. — 'Sgravenhage, 1896.
- FADDA C. — Legato modale e fondazione — (Estratto dal Filangieri), Milano, Società edit. lib., 1896.
- FERRINI C. — Frammenti inediti della Somma del Codice di Stefano antecessore (Dai Rendiconti del R. Ist. Lomb. di scienze e lett. Vol. XXIX). — Milano, 1896.
- FERRINI C. — Contributo alla reintegrazione dei basilici. — Milano (Dai rendiconti dell'Istituto Lombardo), 1896.
- FLEISCHMANN M. — Das pignus in causa judicati captum. — Breslau, Koebner, 1896.
- GÉRARDIN — De la garantie de la dot en droit romain — Paris, Larose, 1896.
- GAUCHET E. — Étude historique sur le développement des sûretés réelles à Rome, (Thèse). — Angers, Burdin e C., 1895.
- GIUSTINI PH. — De jure hereditatum. Praelectiones ad Pandectas additis novarum legum dispositionibus — 1892-93, Roma, Tip. Spellani, 1895.
- GIUSTINI PH. — De jure familiare. Praelectiones ad Pandectas, cum relativis adnotationibus juris vigentis, 1894. — Roma, lit. Spellani, 1895.
- GLÜCK F. — Commentario alle pandette — Disp. 207 - 212. — Milano, Società editrice libraria, 1896.
- GRADENWITZ F. — Die Interessenleistung bei untheilbaren Obligationen nach röm. Recht. — Breslau, Schletter, 1896.
- GRAVIER C. — De la représentation judiciaire en droit romain, sous le système des formules, (Thèse). — Versailles, Aubert, 1895.
- GRAVIER C. — De la lex commissoria dans la vente. — Paris, Giard et Brière, 1896.
- GRENFELL B. P. — Revenue laws of Ptolemy Philadelphus. — London, 1896.

- GUILLOT G. — De la par majorve potestas et de les consequences civiles sous la République. — Mayenne Soudée, 1896.
- HENRY R. — La compensation en droit romain, (Thèse). — Paris, Pédone, 1896.
- HICKS E. — Traces of Greek Philosophy and Roman Law in the New Testament. — London, 1896.
- HÖLDER E. — Die Stellung des röm. Erben. — Weimar, Böhlau, 1895.
- HUNTER G. A. — Sumario de derecho romano. — Madrid, impr. Marquès, 1895.
- KIPP TH. — Quellenkunde des röm. Rechts. — Leipzig, Deichert, 1896.
- KLEINADAM F. — Die Haftung des Geschäftsherren mit der actio institoria und exercitoria nach röm. R. — Breslau, Schletter, 1896.
- KNIEP F. — Societas Publicanorum. — Bd. Iena, Fischer, 1896.
- KOHLER I. — Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts in Deutschland. — I. Heft. — Stuttgart, Euke, 1896.
- KOHLER I. und LIESEGANG E. — Das röm. Recht am Niederrhein. — Stuttgart, Euke, 1896.
- KOEPPEN A. — Lehrbuch des heutigen Röm. Erbrechts. III. — Würzburg, Stuber, 1896.
- IOBBÈ - DUVAL E. — Etudes sur l'histoire de la procédure chez les Romains. — I. L'action par le pari. Agere per sponsonem. — Paris, 1895.
- LACROIX G. — Etude de l'institution de l'annone civile chez les Romains. — Toulouse, Saint - Cyprien, 1896.
- LAROCHE L. — De la condition des enfants nés en dehors des justae nuptiae. — Paris, Duchemin, 1896.
- LENEL O. — Das bürgerliche Gesetzbuch und das studium des röm. Rechts. — Strassburg, Heitz, 1896.
- LEONI G. — Della emancipazione nel Diritto romano. — Padova, Prosperini, 1896.
- LONGINESCU S. G. — Caius der Rechtsgelehrte. — Berlin, Cassirer und Danziger, 1896.

- MARIA P. — Le vindex dans la Legis Actio per manus iniectionem et dans l'in jus vocatio. — Paris, Rous — Lean, 1896.
- MARUCCHI G. — Delle finestre a luce e prospetto secondo la legge 12 Cod. de aedif. priv. — Dissertazione, tradotta dal latino da F. R. — Roma, I. Setth, 1896.
- MAURICE I. — Étude sur l'organisation de l'Afrique indigène sous la domination romaine. — Nogent-le-Rotrou, Dupleix — Gouverneur — Paris, 1896.
- MAY G. — Éléments de droit romain, à l'usage des étudiants des facultés de droit — 4.^a edit. — Bar-le-Duc, Comte-Iacquet — Paris, Larose, 1896.
- MEYER P. — Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen u. den Inschriften. — Leipzig, Teubner, 1896.
- MINUTILLO N. — I latifondi nella legislazione dell'impero romano. — Napoli, Nobile, 1896.
- MOMMSEN TH. — Le droit publique romain. Manuel des antiquités romaines par Th. Mommsen e I. Marquardt traduit sous la direction de M. Gustave Humbert. — Paris, Fontemoing, 1895.
- NABER I. C. *Observatiunculae de iure romano*. — (De strictis iudiciis, Repetitio quotuplex, De triticaria condictione, De publica praediorum traditione, De clandestina possessione recuperanda, Quando possessio ab iusto possessore transferatur, Interdictis retinendae possessionis recuperandi vim inesse) — (ex *Mnemosynes Bibliothecae philologicae Batavae*.) 1895.
- NABER I. C. — *Observatiunculae de iure romano*. — (LXXII. De censualirum librorum auctoritate — LXXIII — De finali controversia).
- PATETTA F. — Frammenti torinesi del Codice teodosiano. — Torino (dalle memorie della reale accademia delle scienze di Torino), 1895.
- PERNICE A. — Labeo. Römisches Privatrecht in I Jahr. der Kaiserzeit. II Band. 1 Abth. 2 Aufl. — Halle, Niemeyer, 1896.

- PESCATORE G. — Kritische Studien auf dem Gebiete der civilistischen Litterärsgeschichte des Mittelalters. — Greifswald, Abel, 1896.
- PIERANTONI A. — Gli avvocati dell'antica Roma. — Roma, Tip. elzeviriana, 1895.
- PODESTÀ G. — Il tribunato della plebe in Roma dalla secessione sul monte Sacro all'approvazione della legge su Publilio Volerone: studio critico. — Parma, Ferrari e Pellegrini, 1896.
- ROBERT H. — Des actions populaires en droit romain, (Thèse). — Paris, Larose, 1896.
- QUARITSCH. — Institutionen u. Rechtsgeschichte — Compendium des röm. Privatrechts u. Civilprozess — 7. Aufl. — Berlin, Weber, 1896.
- SAVIGNY F. C. — Sistema del diritto romano attuale. — Traduzione di V. Scialoja. Dispense 58-63. — Torino, Unione tip. editrice.
- SCHMIDT L. H. — Repetitorium d. Pand. — Leipzig, 1896.
- SCHNEIDER F. — Beitrag zur Lehre von der Procura. — München, Schweitzer, 1896.
- SEMONIN A. — De l'expropriation pour cause d'utilité publique en droit romain, (Thèse). — Vesoul, Cival, 1895.
- SJÖGREN W. — Über die röm - Conventionalstrafe u. die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. — Berlin, Heymann, 1896.
- SPRENGERS V. A. — Tractatus de lege hereditatis atque de suicidio hominis, etc. — Amstelodami, von Gulik, 1895.
- SZYMANKI K. — Setzt die actio Publiciana immer ehemaligen Besitzerwerb des Klägers voraus? — Konitz, Schletter, 1896.
- TOUTAIN I. — Le cités rom. de la Tunisie. Essai sur l'histoire de la colonis. rom. dans l'Afrique du Nord. — Paris, 1896.
- VELSEN F. — Die exceptiones praejudiciales (exceptio - si praejudicium rei majori non fiat). — Cleve, F. Char, 1896.
- VIAL V. — De la manus en droit Romain, (Thèse). — Marseille, Barthelet, 1895.

- VIRGILE F. — Du régime de la propriété mobilière en droit r.
— Paris, Duchemin, 1896.
- WALTZING I. — Étude historique sur les corporations romaines.
— Louvain, Peeters, 1896.
- WILMANN S. C. — Die Reception des r. R. und die soziale Frage
der Gegenwart. — Leipzig, Luckhardt.
- WINDSCHEID B. — Diritto delle Pandette. Traduzione degli Avv.
C. Fadda e B. Bensa, arricchita di note e riferimenti
al diritto italiano vigente. Disp. 23-31. — Torino, Unione
Tip. edit.
- ZOCCO ROSA A. — Le istituzioni di Giustiniano secondo la cri-
tica moderna. — Palermo, 1896.

GLI SCOLII SINAITICI

**Frammenti di un commentario greco all'opera di Ulpiano
ad Sabium elaborato nelle scuole d'Oriente del V secolo
e riveduto dopo la compilazione di Giustiniano.**

SOMMARIO

Introduzione

- I. Specchio degli scolii distinti in IV masse, secondo gli autori.
- II. Criteri distintivi delle III masse più antiche: contenuto, citazioni, forme linguistiche, sigla Sab.
- III. Caratteristiche formali e sostanziali della IV massa.
- IV. Se i fram. 3 § 1 e 9 D. de impensis cet. XXV-I furono estratti dal libro XXXVI di Ulp. ad Sabinum.
- V. Indagine se i §§ 18, 20 degli scolii sinaitici sieno insitici nel commento antico.
- VI. Confronto fra i §§ 18, 20 degli scolii sinaitici ed i cap. III, IX dei Basilici XXVIII-X, corrispondenti ai fram. 3 § 1 e 9 D. XXV-I.
- VII. Origine dei §§ 18, 20 degli scolii, annoverati nella IV massa, dai fram. 3 § 1 e 9 de impensis dei Digesti.
- VIII. I divieti di Giustiniano e la letteratura giuridica sulle parti della compilazione.
- IX. Tracce di opere di diritto pregiustiniane messe in armonia con la compilazione.
- X. In qual periodo di tempo si formò il commento all'opera di Ulpiano ad Sab.; quando fu riveduto. Incertezze sugli autori. I papiri a noi pervenuti.

I frammenti sinaitici, di cui mi accingo a trattare, scoperti nel 1880 dal Signor Bernardakis, nella biblioteca del chiostro del monte Sinai, e contenuti in 17 (?) fogli di papiro insieme incollati e pressati per uso di legatura, si trovano riprodotti in varie riviste e nelle raccolte di giurisprudenza antegustiniana.¹⁾ La critica ha già discusso largamente il contenuto prezioso degli scolii, e coloro che hanno lavorato in questo campo hanno posto in sodo parecchi punti ritenuti omai indiscutibili.²⁾

Tuttavia s'è pur detto che dell'importanza degli scolii finora non s'è trattato a sufficienza.³⁾ Il mio lavoro infatti reca non poche modificazioni nei risultati, e diversifica dai lavori precedenti essenzialmente in questo, che i miei predecessori, preoccupati dal desiderio di dare un giudizio complessivo della nuova scoperta, si sono fermati, in generale, agli indizii esteriori, così per determinare l'epoca della redazione come per illustrarne il contenuto.

Ma è cosa certa, che la critica d'un'opera di diritto può essere soltanto allora sicura, quando le dottrine in essa esposte sieno sufficientemente vagliate e chiarite sotto i varii aspetti. In questo senso, è vero, lavorò già egregiamente e con la solita competenza l'Alibrandi; l'insigne romanista pertanto anche lui subì il fascino del nuovo tesoro che era venuto alla luce, e le sue osservazioni, per voler essere copiose e quasi complete anche nei particolari, riuscirono spesso arbitrarie, come quelle che si poggiavano su ricostruzioni ardite del testo assai imperfetto e lacunoso.⁴⁾ Tali difetti, del resto, in questi lavori, che potremmo dire di prima impressione, sono inevitabili.

1) Pubblicati prima dal Dareste nel Bulletin de correspondance Hellénique IV p. 449 e seg. e poi nella Nouvelle Revue de droit français et étranger, IV p. 643 e seg. (1880). Zachariä v. Lingenthal nei Monatsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften, 1881 p. 620 e seg. Lenel, che riprodusse la litografia d'un foglio nella Zeitschrift für R. G. vol. II p. 333 e seg. (1881); P. Krüger nella Zeitschrift der S.S. IV p. 1 e seg. (1883); e nel vol. III p. 267 e seg. della Collectio. Alibrandi negli Studi e documenti di Storia e diritto, III p. 33 e seg., 99 e seg.; riprodotti ora nel vol. I delle opere giuridiche e storiche del Prof. Ilario Alibrandi, p. 417 e seg. (1896) — ed a questa nuova edizione mi riferirò sempre in seguito nelle citazioni —. Huschke, iurisprudencia anteiustiniana (5 ediz.) p. 815 e seg. P. F. Girard, Textes de droit romain, 2ª ed. p. 531 e seg. (1895).

2) Cfr. le illustrazioni che accompagnano gli scolii negli articoli di Riviste citati nella nota precedente, e specialmente Alibrandi, o. c. e Zachariä, Bullettino vol. V p. 1 e seg.

3) Così già l'Alibrandi, o. c. p. 451; Zachariä Bullettino cit. p. 3. Huschke l. c. p. 816.

4) Si confronti già in principio, o. c. p. 421, la illustrazione al § 2 degli scolii.

Lo studio interno di un'opera di diritto, per quanto limitata, richiede sempre una larga osservazione, lungo e paziente lavoro preparatorio, e per questo le generazioni successive ne ritraggono spesso più copiosi frutti e risultati più precisi potendo esse far tesoro dei lavori di altri, che hanno già spianata la via. Il piccolo contributo che io offro quindi, in questo *Bullettino*, per la illustrazione di questi scolii, limitato in varii sensi, mira più che altro a richiamare l'attenzione dei romanisti su questi avanzi della scienza giuridica romana, che ci pervengono attraverso la elaborazione delle scuole di diritto orientali.

I.

Specchio degli scolii distinti in IV masse, secondo gli autori.

I papiri, per quel che ne vien riferito, furono restituiti al loro ufficio, ma si trovano in cattivo stato. Il manoscritto, già scorretto e pieno di mende in origine, si presenta ora assai lacunoso come appare dall'apografo curato dal Bernardakis e riprodotto dallo Zachariä e dal Krüger. Le difficoltà nel testo si sollevano quindi ad ogni piè sospinto, senza speranza, finora, che si possa ricavare di più o di meglio di quello che offrono le migliori edizioni.

Riguardo al testo quindi, nello specchio che segue, e sempre, mi riporto all'edizione migliore e più diffusa, cioè a quella curata dal Krüger nel vol. III della *Collectio*; dalla quale tuttavia mi allontano solo in singoli punti, per seguire più da vicino la lezione che dà il manoscritto. Per questi confronti ho tenuto sempre presente l'apografo del Krüger. Nè credo necessario avvertire che nella collazione con le forme che presenta il manoscritto io avevo uno scopo determinato e circoscritto, quale emergerà da tutto il lavoro.

Nello specchio gli scolii che mi sembrano derivati da uno stesso autore sono riuniti in una stessa colonna, e perciò tutti i frammenti si presentano distribuiti in IV masse, secondo i varii autori, che successivamente sovrapposero allo strato primitivo altre osservazioni o aggiunte. La numerazione dei §§ è conforme all'edizione del Krüger. Di ogni § s'indica soltanto il principio, ove occorre anche la chiusa.

I

1. ?
2 — ιον ο ακίνδυνον.... διπλοῦ

II

4 -- [θ]περ
ἐν facto...

III

IV

5. τὰ αὐτά.
6. ἐν τῶν responso (?) . . .
7. Ὁ ἐπερωτηθεὶς....παίδων
8 — ἐκποιητο
9. Τὸ πλέον μάθε
11. Ex pecunia dotali
12. — καὶ ἐπὶ τῆς
13 — τῆς ἐραστεύσεν.
14. Καὶ ὁ πατὴρ
15. Graviori.
16. κἀνονα.
17. [N]ecessaria ἐστίν . . .

- (18) τοῦτό φησι καὶ ὁ Paulos...
19. [U]bi non sunt corpora
20 — να ἄλλα.....λογίζεται
21. ob donationes

- (23) μά[θ]ε
24 ?

26. De dote
27. ac socer.....adventician
28. Ἐὰν ὑπεξούσιος
29. θε

31. Ἐπὶ πάσῃ
32. ?
33 ἐπὶ τοῦ πατρὸς..adventician
34. Διελεθε

36. διατάξις.....νόμου

3. Σαβ.: ἐκ πλευρου . .
Σαβ: κἀνονα
... ἄνδρα¹⁾... τουτο
Σαβ. σημειῶσαι . .
Σημειῶσαι
Σαβ. ὁ [M]odestinus...

18. Nos generali-
ter....τὴν προῖκα.

εἰ μὴ ἄρα . . .

22. Sab. arbitrium . .
23. Mora....rei uxoriae

25. Sab. — ἐν τῷ . . .

- σημειῶσαι

30. Sab. — ἐν τῷ . . .

- σημειῶσαι ²⁾

35. Sab. volenti . . .
σημειῶσαι

¹⁾ Cfr. cap. II sotto il n. 3.

²⁾ La nota indicata in questo punto risponde perfettamente all'altra dello scolio 27.

La sigla Sab. manca in entrambe, ma esse derivano certo da uno stesso autore. Or se si pone mente alla forma: *σημειῶσαι* usata costantemente da Sab., se si riflette che la nota si riferisce con evidenza al contesto che precede, si deve escludere che possa derivare dal più antico scoliaste. L'annotatore invece ripete altre volte (v. § 35) osservazioni fatte. Per le stesse ragioni attribuisco all'annotatore i §§ 11, 23, 36.

37. In plano
 38. Insulas
 39. [U]bicumque

42. εἶπεν
 43. Πάρελθε
 44. Sa ¹⁾ — Πάρελθε
 45. nam latinus
 46. Ὁ κατὰ
 47. Πάρελθε
 48. — p. οὐκ ἔστιν —
 49. [Πά]ρελθε
 50. Capax
 51. [l.e]gitimos

(52)²⁾ — ἐξ ἐτέρων . . .

53.
 54. [Ἄλ]λος Titiu

40. In tute[liis. Sa]b...
 41. [Qui]d si. Sab...

52. Sab. Παρακατιών.....
 μετὰ τὸν νεμ —

¹⁾ Così il C. Il Krüger, il Huschke completano anche qui la sigla Sab. attribuendo il § all'annotatore. Ma l'analogia coi §§ 34, 43, 47, 49 è assai evidente, ed il § va attribuito al primo scoliaste.

²⁾ Precede una lacuna; certamente la forma: ἐδίδαξα πλατέως va attribuita meglio all'autore del commento primitivo che all'annotatore. — In modo analogo si esprime altre volte l'antico scoliaste [v. §§ 26, 34, 45], laddove l'annotatore, § 35, dice: σοι ἐσημειώσαμην.

II

Criteri distintivi delle tre masse più antiche: contenuto, citazioni, forme linguistiche, sigla Sab.

Le prime tre masse di scolii presentano alcune caratteristiche, già osservate in parte dagli scrittori, e che rendono facile la classificazione dei paragrafi secondo la origine diversa.

1 *Contenuto*. Un importante argomento di distinzione è offerto in primo luogo dal contenuto. Lo scoliaste più antico, che può indicarsi come l'autore del commento, chiosava, come è co-

munemente ammesso, ¹⁾ l'opera di Ulpiano ad Sabinum. Il commento ha spiccatamente il carattere d'un *indice*. Lo scoliaste riproduce le dottrine esposte nell'esemplare in sunto, condensandole, con parole proprie, in proposizioni semplici a guisa di *regulae* o *definitiones*; quindi egli rende con ammirevole concisione il contenuto del testo, e, per quanto possiamo vedere, anche con fedeltà ed esattezza, tanto che quelle formulazioni ci svelano la mano d'un provetto maestro, che padroneggia la materia e che sa trarre dall'esposizione ulpiana, sempre abbondante e spesso frastagliata da citazioni e digressioni, il vero contenuto giuridico, il succo. In proposito basta confrontare più specialmente i §§ 7, 11, 13, 14, 17, 20, 27, 31, 38, 48.

Nella seconda massa ho indicato soltanto il § 4, ²⁾ che contiene un responso. La forma: *ἐρωτηθεὶς εἶπον*, propria ai giuristi rispondenti, non si rinviene altra volta nel commento. Il responso però si riferiva evidentemente alla prima proposizione del § 2, in cui, come pare ³⁾ l'antico scoliaste riproduceva la massima che leggiamo nel fr. 134 pr. D. 45-1, e che è poi direttamente citata dal giureconsulto greco.

Il terzo scoliaste possiamo indicarlo come annotatore. Le aggiunte che nel commento formavano la terza massa sono essenzialmente annotazioni ⁴⁾: *παράγραφαί* e come tali le designa nel § 35 l'autore: *ἐν τῇ... παράγραφῃ*. Più di frequente le annotazioni si riferiscono all'indice formato dall'antico scoliaste, e che era innanzi trascritto: così evidentemente nei §§ 3, 7, 9, ⁵⁾ 12, 33, 52; ovvero contengono illustrazioni al testo latino, che doveva essere in origine trascritto nel commento, ⁶⁾ così nei §§ 11 (?), 23 (?), 41; altre volte anche l'annotatore rileva la massima riprodotta dall'indice e aggiunge una distinzione [§ 3], o formula diretta-

1) Così Zachariä, Monatsberichte cit. p. 623; Krüger, Zeitschrift cit. p. 28; Alibrandi, o. c. p. 418.

2) Confr. in seguito sotto il n. 3.

3) Confr. la collocazione del § 4 nello specchio.

4) Zachariä, Monatsberichte cit. p. 624 e Bullettino cit. p. 3; Krüger l. c. e Geschichte der Quellen p. 320.

5) Cfr. Zachariä Bullettino cit. p. 3.

6) V. in seguito cap. X sotto il n. 7.

mente una regola generale [§§ 5, 12, 35], o ne integra la trattazione, [§ 52] ¹⁾

Spesso poi l'annotatore indica l'argomento e l'ambito del titolo ²⁾ del commento che ha innanzi con le parole: ἐν τῷ παρόντι [τίτλῳ] κεφαλαίῳ, [§§ 22, 25, 30, 35. 40]; ed è, perlomeno, possibile che queste indicazioni in origine fossero state apposte nel margine del manoscritto, integrate poi al testo nelle successive ricopie. ³⁾

Ad ogni modo è notevole che la terza massa è composta, in modo preponderante, di semplici annotazioni, e che solo diraro e per eccezione essa offre principii di diritto.

2 *Citazioni.* Con le differenze sostanziali notate coincide anche l'uso diverso che l'antico scoliaste (I) e l'annotatore (III) fanno delle citazioni.

Il primo non cita mai Ulpianus ad Sabinum, perchè quest'opera era appunto l'esemplare commentato. Confronta invece i punti di diritto illustrati da Ulpiano con i corrispondenti passi dell'opera di Paolo ad Sabinum così nei §§ 18, 34. Questi confronti riuscivano facili allo scrittore, perchè i due commentarii correavano paralleli; così il l. XXXVI del commentario ulpiano rispondeva in gran parte al l. VII di quello di Paolo.

Altra volta (§ 31) egli cita il libro VIII resp. di Paolo, e di altra citazione (§ 42) non si può precisare a quale autore si riferisca. In complesso quindi i confronti con le altre opere dei giureconsulti romani sono scarsi. E doveva esser così, dacchè il più antico commentatore, se mirava a riprodurre in breve l'opera di Ulpiano, non poteva diffondersi in larghe citazioni, che richiedono un lavoro preparatorio apposito e faticoso, e sono poi di nessuna utilità per la scuola.

Infine va soltanto pure accennato che il primo scoliaste conosce i tre Codici antegiustiniani e ne cita le C. nei luoghi opportuni: cfr. §§ 2, 5, 9.

¹⁾ Cfr. Krüger, Zeitschrift cit. p. 31, che contraddice giustamente l'asserzione dello Zachariä, cioè che la sigla Sab. sia premessa soltanto a semplici annotazioni. Ma vedi anche in seguito nel testo.

²⁾ Cfr. Krüger, Collectio cit p. 267 n. 1.

³⁾ V. in seguito cap. X. n. 7.

Le citazioni invece sono più copiose da parte dell'annotatore. I confronti anzi con altre opere formano la parte essenziale del suo contributo al commentario.

Egli cita naturalmente come il primo i Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano (§§ 3, 5, 9, 10, 52); ma si distingue dal suo predecessore in quanto egli conosce anche costituzioni più recenti, emanate dopo la pubblicazione del C. Teodosiano, e che furono aggiunte (*adiectae*) come appendice alle raccolte dei Codici. ¹⁾ Così nel § 9 cita *διάταξις μετὰ τὸν Greg. κώδικα*; ed una citazione analoga, riferentesi al Teodosiano, si avrebbe secondo lo Zachariä nel § 52, in cui però il testo è lacunoso. ²⁾

Nelle sue annotazioni all'indice, l'annotatore pone speciale cura nel fare dei confronti con altre opere; e cita Marcianus hypothecaria (§ 11); Modestinus II, tit. VI differ. (§ 12); Ulpianus ad edictum tit. de in integrum restitutione; Florentinus III Inst.; Modestinus I regul.; Paulus V ad Sab. (§ 35); Ulpianus ad Sabinum (?) ³⁾ (§ 52).

Il metodo di citazioni è presso i due scoliasti identico. Ma tuttavia si potrebbe osservare che l'annotatore appare più esatto e scrupoloso dell'antico, in quanto egli più di frequente, oltre l'opera ed il titolo, aggiunge più dettagliate sottoindicazioni, cioè il foglio e la collocazione della regola o delle parole. (§ 35). Ma questo anche si spiega benissimo. Il primo commentatore chiudendo l'opera di Ulpiano cita, come si disse, quasi esclusivamente Paolo ad Sab., e questo commento essendo più conciso ma parallelo a quello di Ulp. bastava venisse indicato col solo titolo. L'annotatore invece, che allarga i confronti con altre opere, che seguivano altro sistema e aveano un contenuto essenzialmente diverso, avea bisogno di essere più minuto nelle citazioni; tanto è vero che anche egli nel § 35 nel citare Paolo ad Sab. dà solo indicazione del libro; e viceversa il primo scoliaste, nel § 31, riportandosi ad altra opera di Paolo [resp.] indica il libro, il titolo con rubrica ed il foglio (dalla fine del libro).

¹⁾ Const. Summa Reipublicae § 1; Haec quae necessario pr. e § 2; Krüger, Geschichte p. 282, 283.

²⁾ Alibrandi o. c. p. 420 riferisce anche la citazione del C. Th. nel § 2 ad una C. adiecta, ma riporta il testo con varianti.

³⁾ Cfr. Alibrandi o. c. p. 445.

3. *Forme linguistiche.* Pochi indizii, ma abbastanza conclusivi, si hanno dal lato formale per stabilire la diversa origine delle prime tre masse. Essi acquistano però maggior valore qualora si consideri che noi abbiamo un materiale assai limitato, e di più che gli autori, come si vedrà in seguito, lavorarono successivamente a formare il nostro commento in un elasso di tempo abbastanza ristretto, circa trent'anni.

Le differenze sono in proposito costanti. Il primo scoliaste richiama l'attenzione del discente con l'espressione: μάθε (§§ 9, 23); rimanda alla materia altra volta trattata con le forme: ἐδίδαξα (πλατέως); εἶπον, così nei §§ 34, 45, 52, o avverte l'uditore di sorvolare su alcuni punti con la forma: παρέλθε (διέλθε), così nei §§ 34, 43, 44, 47, 49. Questi modi di dire rivelano bene la qualità di docente dello scrittore, e l'origine del commento dalla scuola, ¹⁾ probabilmente Berito. Che anzi noi vediamo nel commentario adottato il sistema d'insegnamento delle scuole di diritto pregiustiniane, quale è descritto da Giustiniano nella rapida relazione che egli ne fa nel § 1 della Const. Omnem, ove appunto lamenta il metodo discontinuo e a sbalzi dell'insegnamento: sed multas partes eorum quasi supervacuas praeteribant..... pauca ex multis etc.

Dalle maniere di dire invece il terzo scoliaste si rivela come semplice annotatore, e mai usa le espressioni più direttamente proprie al docente; così se egli formula una regola non dice μάθε, ma sibbene κἀνονα ἔχε (§ 5); se ricorda osservazioni altre volte fatte non dice ἐδίδαξα, ma ἐσημειώσαμην (§ 35), e quasi tutte le note poi hanno la forma: σημείωσαι, così nei §§ 10, 11, 23, 27 33, 35, 36; questo verbo invece, per quanto ho potuto vedere, non è mai adoperato dal primo autore, dacchè nel § 45 è soltanto supplito dagli editori degli scolii.

La pena convenzionale è indicata con vocaboli diversi dai tre primi scoliasti. ¹⁾ Il più antico ha sempre il termine tecnico latino con flessione greca; così 4 volte nei §§ 2, 6, 7. L'annota-

¹⁾ Forme analoghe si hanno per es. nelle annotazioni di Taleleo, e nell'indice di Stefano; cfr. Zachariä Zeitschrift der S. S. vol. X p. 263 e seg.; Heimbach, Prol. p. 74, n. 24, 26.

¹⁾ L'osservazione fu fatta già dallo Zachariä, Bull. cit. p. 3 e risponde con precisione alle mie indagini.

tore invece ha il termine greco *πρόστιμον* (§§ 3, 7), ed in base a quest'indizio potei attribuire all'annotatore la chiusa del § 7, dacchè non possiamo di certo supporre facilmente che il primo commentatore, avendo usato due volte il termine latino nel § precedente, ed una volta nella prima proposizione del § 7, avesse poi nella chiusa scelto il vocabolo greco. E si deve poi notare che, nell'ultimo periodo, alla parola *ἀνδρα* precede una lacuna. Il contenuto di quest'ultimo periodo potrebbe bene essere una nota all'indice che precede, e così ha ricostruito il testo sagacemente l'Alibrandi. ¹⁾ La traduzione invece che danno il Krüger e il Huschke in questo punto sodisfa poco, perchè essi rendono in unico contesto il passo lacunoso:

L'autore del responso, nel § 4, fa pure menzione della pena convenzionale. Il manoscritto qui ha chiaramente la lezione *προστιμιοντ*, per cui lo Zachariä ²⁾ leggeva *προστίμιον*, notando la differenza. ³⁾ Se il codice non ha qui una delle solite scorrezioni, l'autore del responso si distinguerebbe pur in questo del primo scoliaste ed anche dall'annotatore. Ma ad ogni modo è certo che il responso non deriva dal commentatore più antico, perchè questi, come si disse, usa sempre in proposito il termine latino. Se guardiamo poi al contenuto del § 4, non possiamo attribuirlo all'autore delle *paragraphae*.

Come si vede gl'indizii di forma sono per sè stessi insufficienti, ma non si può negare che nell'insieme danno molta luce e rendono, per quanto si può sperare, assai probabile la diversa origine delle tre masse. Altri forse riuscirà a trovar di più.

4. *Sigla Sab.* Fra gl'indizii esteriori ve ne ha uno di speciale importanza. Le annotazioni che furono apposte dopo all'indice portano normalmente la sigla *Sab.* o *Cab.* che certamente indica l'autore. ⁴⁾ Dico normalmente perchè le lacune che si trovano in varii punti del manoscritto e le mende di cui lo stesso è

¹⁾ O. c. p. 423.

²⁾ Bull. cit. pag. 3.

³⁾ Tutti gli altri editori, Krüger, Alibrandi, Huschke correggono il testo e danno *πρόστιμον*, come già lo stesso Zachariä nei Monatsberichte cit. p. 629.

⁴⁾ Così Zachariä, Monatsberichte cit. p. 624 e Bull. cit. p. 3; Krüger, Zeitschrift cit. p. 31; Collectio cit. p. 267; Geschichte p. 320; Huschke, l. c. p. 816.

pieno non ci danno completa affidanza per ritenere che non vi sieno anche in questo errori o indicazioni perdute. Per parte mia, dall'esame specialmente del contenuto e per certe caratteristiche formali, ho creduto che la sigla manchi nei §§ 7, ¹⁾ 11, 23, 27, 33, ²⁾ 36 e che sia erroneamente apposta dagli editori al § 44. ³⁾

Ma la diversa origine degli scolii è ammessa dagli scrittori quasi generalmente. Così dallo Zachariä, dal Krüger e dal Huschke nei l. c., i quali distinguono già per il contenuto gli *indices* dalle *paragraphae* e notano che a quest'ultime è premessa, di solito, la sigla Sab. Fra coloro che hanno meglio illustrati i nostri scolii, solo l'Alibrandi ⁴⁾ dissente in modo assoluto. Egli ritiene che i fram. derivino da un unico commentario, che appare a lui omogeneo, e quindi lo attribuisce ad un solo autore. Conseguentemente l'Alibrandi, ⁵⁾ sulle orme del Dareste, ⁶⁾ riferisce la sigla Sab. a Sabinus e così la scioglie sempre.

Ma che l'insieme degli scolii non rappresenti un unico commento, s'è visto abbastanza. Affatto insostenibile è poi il riferimento della sigla a Sabinus, solo che si osservi, anche fuggevolmente, la massa degli scolii ai quali è premessa. Si confronti p. es. l'annotazione al § 3 ed al § 9. Nè vale incontro come un forte argomento quello rilevato dall'Alibrandi, ⁷⁾ cioè che la sigla Sab. è seguita sovente da una parola latina. Vuol dir questo necessariamente che il glosatore veniva colle parole seguenti a spiegare un passo dell'esemplare che cominciava con quel nome? Ma l'Alibrandi non ha osservato, come pare, che le parole latine se seguono la sigla nei §§ 22, 35, tante volte pure la precedono, così nei §§ 40, 41. Or questo fatto, è palmare, non si spiega con la ipotesi dell'Alibrandi. ⁸⁾ Invece l'uno e l'altro sistema trova

1) Cfr. avanti sotto il n. 3.

2) Cfr. la nota a questo § nello specchio al cap. II.

3) Cfr. la nota a questo § nello specchio al cap. II.

4) o. c. p. 449.

5) O. c. p. 421, 449, 450. Così anche Lenel Zeitschrift cit; Ferrini, Storia p. 134.

6) Nouvelle R. cit.

7) o. c. p. 421, 449.

8) Contro l'Alibrandi anche il Krüger Zeitschrift cit. p. 30. In dubbio il Landucci, Storia, 2 ed. vol. I p. 277 n. 12.

una spiegazione plausibile, ove si rifletta che l'annotatore chiocciando un lungo passo dovea rilevare a quali parole del testo latino, che stava innanzi trascritto nel commentario, o a quale parte dell'Indice, che pur precedeva, si riferisse la sua annotazione. La forma degli scolii greci, quale ci è nota dall'apparato apposto ai Basilici, le glosse della scuola Bolognese possono servir bene di confronto.

La sigla Sab. si riferisce quindi all'autore delle note. Lo Zachariä ¹⁾ tentò anche di porre in luce il personaggio dalla stessa indicato, e congetturò potesse essere Sabacius ricordato nella Novella 35 (anno 535), che collaborò, forse, nella compilazione come segretario. Ma la congettura dello Zachariä va respinta ²⁾ in modo assoluto perchè, come vedremo, l'annotatore scriveva nel sec. V, prima dell'anno 472

III

Caratteristiche formali e sostanziali della IV massa.

La dimostrazione che i frammenti della IV massa non poterono essere scritti da uno dei precedenti autori, è ancora più facile; perchè in essi sorprendiamo locuzioni, contenuto, connessione di periodi del tutto singolari e, sotto altro aspetto, in un commento di questo genere, anche sorprendenti. Questa massa ha inoltre una speciale importanza per la critica del commento, e difatti nei capitoli del presente lavoro, che seguono, l'esame si riferisce esclusivamente agli scolii in essa annoverati.

Lo scrittore che aggiunse i due scolii: 18 e 20 si distingue spiccatamente dagli altri per l'uso della forma: ὅρᾱς, πῶς = vides quomodo, ³⁾ laddove il primo scoliaste scrive, come s'è visto, μάθς; l'annotatore σημείωσαι.

Gli altri commentatori più antichi, inoltre, per richiamare l'attenzione del discente su di un punto di diritto, si rivolgono allo stesso in singolare, come è del resto comune presso i greci; invece lo scrittore del § 18 si computa anch'egli fra gli studiosi

¹⁾ Monatsberichte cit. e Bull. cit.

²⁾ Contro pure Krüger Zeitschrift cit. p. 30 n. 5; Alibrandi o. c. p. 449.

³⁾ Si rinviene questo modo dire anche nell'Indice di Stefano; v. Heimbach, Proleg. p. 49.

e dice: Ulp. *κατατίθει ἡμῖν* = *regulam nobis ponit*. ¹⁾ Anche la citazione riferentesi ad Ulpiano è di certo in questo punto dell'opera notevole. Mai si potrà supporre che derivi dal primo scoliaste, ²⁾ il quale commentava appunto il testo di Ulpiano ad Sabinnum e quindi non cita altra volta il suo autore. Se Ulpiano è richiamato anche nel § 35, la citazione si riferisce al commento all'editto, nel § 52 poi manca l'indicazione dell'opera, per la lacuna del testo; ma ad ogni modo noi due casi quel che cita è l'annotatore, Sab. Nel § 18, inoltre, insieme al nome del giureconsulto non è designata la fonte, da cui attinge lo scrittore, e ciò non avviene in tutte le altre citazioni. Di più, al nome di Ulpiano non è premesso l'articolo "ὁ", e questo non è mai ommesso nel manoscritto innanzi ai nomi dei giureconsulti romani. Il sospetto di una lacuna è escluso, ³⁾ dacchè le lettere del manoscritto sono in questo punto compatte. Tutte queste anomalie non possono attribuirsi a puro caso, ed una spiegazione plausibile delle stesse sarà data nel cap. VII.

Nè questo è tutto: materia d'osservazione ne porge pur il contenuto dei §§; in essi non troviamo più la natura degli indices, e meno poi potrebbero i due scolii caratterizzarsi come annotazioni al testo ulpiano: in evidente contrasto con la forma consueta del commento, in questi punti la esposizione è prolissa, più che una traduzione letterale essa rappresenta una parafrasi dei passi corrispondenti dei digesti: 3 § 1 e 9 D. XXV, 1, e specialmente del primo. Nel § 18 non mancano nemmeno varii esempi, destinati ad illustrare il concetto giuridico posto; e va notato che in tutti gli altri scolii di esempi non se ne ha orma. Ma fossero, perlomeno, quegli esempi esatti, come dovremmo aspettarci! tutt'altro: il testo greco è per questo riguardo manchevole, pecca per difetto di precisione. Nel § 20 poi è sacrificata la logica; il principio giuridico, enunciato nel primo periodo, scompare, divorato dal periodo che segue, il quale del resto si presenta sotto la forma modesta di una semplice eccezione. Tali difetti sono piuttosto sorprendenti in un commento di questo ge-

1) Cfr. per forme analoghe in Taleleo, Heimbach, Proleg. p. 74 n. 25.

2) Cfr. in seguito cap. VI, sotto il n. 2.

3) Come avviene p. es. nel § 12.

nere, e ad ogni modo gli scolii annoverati nella IV massa si distaccano, di gran lunga, dal resto dell'opera, sia che si ravvicinino agli indices del più antico commentatore, in cui è notevole la formulazione breve e pregnante dei concetti, sia che si confrontino con le annotazioni che nulla lasciano a desiderare per esattezza e precisione.

Ma anche su ciò meglio in seguito.

IV.

Se i frammenti 3 § 1 e 9 D. de impensis cet. XXV-I furono estratti dal libro XXXVI di Ulp. ad Sabinum

1. Nel libro XXXVI *ad Sab.* Ulpiano trattava, anzitutto, del d. dotale, ed a questo proposito svolgeva con ampiezza le norme relative alle *retentiones propter impensas* che avevano, nel d. clasico, una speciale importanza nella teoria della dote. ¹⁾

Il fr. 3 § 1 cit. riguarda appunto la distinzione delle *impensae* e così si esprime:

Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.

Si vuol dare in questo passo una norma generale, un criterio preciso per poter distinguere a colpo d'occhio, per via di elementi esteriori, quali spese debbano ritenersi come *necessariae* (*in rem*), e quali fatte per la produzione dei frutti (*in fructus*). Ma la definizione che offre il testo è, evidentemente, sotto ogni aspetto infelice: come ebbi occasione di dimostrare altrove, ²⁾ essa appare non solo angolosa nella formulazione, ma trovasi, poi, in contraddizione con altri testi ricavati dalle opere dei giurecon-

¹⁾ Cfr. Lenel, *Palingenesia* vol. II, col 1151 e seg.

²⁾ Archivio Giuridico vol. 58 pag. 78 e seg.

sulti romani, e, infine, porta, nei risultati pratici, a grossolane assurdità.

I giureconsulti romani, a parte il sacro terrore che avevano per le definizioni, non tentarono mai, in questa materia, formulazioni astratte; appunto perchè il distinguere quali spese sono fatte per la cosa dalle spese occorrenti alla produzione dei frutti è una quistione di puro fatto, che può soltanto essere decisa dai pratici, in buona parte anche dalla opinione della vita. Il criterio fondamentale è dato sempre dalla natura delle opere, è vero, ma i generi di coltura, l'esercizio delle industrie variano notevolmente nei diversi luoghi, più di frequente per le condizioni naturali, delle volte anco per ragioni economiche, ed altre volte soltanto per consuetudine.

La giurisprudenza, nella grande varietà delle opere destinate alla produzione, non ha quindi la possibilità di poter formulare un criterio di distinzione che serva di misura per tutti i casi, e, inoltre, una simile indagine esorbita, evidentemente, dal suo compito, che è senz'altro limitato all'applicazione delle conseguenze giuridiche alle varie categorie di spese, di cui il concetto e la delimitazione debbono essere già apprestati dalla tecnica speciale di una determinata materia, sia questa agricola, industriale, commerciale o altra che si voglia.

Ed è notevole pertanto l'osservare che queste considerazioni trovano già diretto appoggio nel fr. 15 dello stesso titolo dei digesti, XXV-I. Nerazio nel l. II *membran.* si era proposto il quesito di ricercare un criterio che fosse per sé adatto a distinguere le spese necessarie *in rem* dalle spese per i frutti, ma vi rinunzia immediatamente rilevando la difficoltà, con le incisive parole:

— non tam facile in universum definiri quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt.

ma ciò vuol dire che il nostro autore, e di certo anche la giurisprudenza del periodo anteadrianeo, aveva avuto piena coscienza, non solo delle difficoltà insormontabili che si opponevano alla formulazione di una norma generale, ma altresì del fatto che una simile indagine non rientra nella sfera della scienza del diritto, ma è essenzialmente di natura tecnica, come appunto ho

detto. Una classificazione dei *genera impendiorum* non può esser data che dai pratici di una data materia, in certi casi anche dall'opinione comune; e tale rimando, da parte del giureconsulto che si proponeva appunto di distinguere le varie categorie di spese, implica per sè, e spiccatamente, una rinunzia a rispondere al quesito posto.

Tutt'al più, dunque, si potrebbe rivolgere l'esame in altra direzione e indagare se la giurisprudenza posteriore a Nerazio fosse riuscita a formulare, o per lo meno avesse tentato di stabilire un criterio generale di distinzione nella nostra materia. Ma in proposito nemmeno il dubbio mi sembra possibile. Già è notevole il fatto che noi troviamo, costantemente, nelle opere dei giureconsulti classici illustrate le varie categorie di spese soltanto per via di esempi ricavati dai casi pratici più ordinari e frequenti, e mai un accenno ad un criterio di distinzione astrattamente formulato. Il concetto posto dal fr. 3 § 1 cit. non è noto certamente, come si è visto, a Nerazio, che si occupa di spese pei frutti; nemmeno poi lo conosce Pomponio, citato a questo proposito da Ulpiano nel fr. 7 § 16 D. 24-3;¹⁾ è ignoto inoltre a Paolo che tratta di spese in diverse opere e spesso con ampiezza, così nel l. VI *ad Plautium* ²⁾, nel l. VII *ad Sabinum* ³⁾, nei l. XX ⁴⁾ e XXXVI ⁵⁾ *ad edictum*; e quel che è più notevole poi, lo stesso Ulpiano, che trattava *ex professo* di spese pei frutti nel l. XXXI *ad Sabinum*, ignora completamente questo criterio di distinzione, e si limita, come gli altri giureconsulti, a dare alcuni esempi ricavati da Pomponio, come vedremo fra breve.

La formulazione contenuta nel fr. 3 § 1 ci si presenta quindi affatto isolata, e ciò nel senso che essa non ha addentellato alcuno, nemmeno indirettamente, in altre testimonianze delle fonti, che contengono le dottrine dei giureconsulti romani relative alla ma-

1) Pomponio tratta di *impensae* nel l. XIV e l. XVI *ad Sab.*; cfr. Lenel, *Pal.* II pag. 117 e seg.

2) Cfr. fr. 38 § 13 (22-1), fr. 56 (23-3), fr. 79 (50-16).

3) Cfr. fr. 28 (24-1), fr. 8 (24-3), fr. 2, 6, 8, 12 (25-1) — Lenel, *Pal.* I pag. 1273 e seg.

4) Cfr. fr. 36 § 5 (5-3).

5) Cfr. fr. 4, 10 (25-1),

teria. Anche gli scrittori, nei trattati di diritto, hanno normalmente ignorato nella classificazione delle spese il criterio distintivo posto dal nostro testo; soltanto il Brinz ¹⁾, e di recente il Petrazycki, ²⁾ per quanto ho potuto vedere, degnarono di particolare considerazione il fr. attribuito ad Ulpiano, ma, com'io credo, senz'alcun frutto. Tutto ciò si spiega benissimo, poichè la definizione del fr. 3 § 1 non ha, in modo assoluto, alcun valore intrinseco. ³⁾

Resta a vedere dopotutto se Ulpiano ha veramente la responsabilità di tale concezione, per ogni verso infelice. Per questa indagine abbiamo elementi molto decisivi, che risolvono il dubbio nel modo più semplice. Ne soccorre anzitutto l'osservazione del sistema ulpiano nel commento a Sabino, dal quale esame risulta: che Ulpiano avea trattato in altro libro della sua opera delle spese pei frutti; che nel l. XXXVI non vi era alcun posto per una tale trattazione; e che il contenuto del fr. 3 § 1 trovasi in contraddizione con la dottrina esposta da Ulpiano.

Il nostro giureconsulto infatti aveva svolta la materia dei frutti dotali nel l. XXXI del suo commento. Varii frammenti tratti da questo libro furono riuniti dal Lenel ⁴⁾ sotto la rubrica: *de dotis fructu*; e dall'esame del contenuto di essi ⁵⁾ possiamo bene argomentare che Ulpiano ne aveva trattato in questo punto ampiamente, rispondendo a tutti i quesiti che meritavano speciale considerazione. Il più importante per noi è il fr. 7 D. 24,3, in cui Ulpiano passava a trattare dei frutti in rapporto alle spese. E quivi pone, già nel principio del fr., la regola fondamentale:

fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt; ed era naturale, anzi necessario che il giureconsulto avesse anche in questo punto precisato il concetto delle spese pei frutti, dapprima per sè stesso, e poi in contrapposto alla categoria delle spese necessarie. Ed Ulpiano, infatti, risponde al quesito nella chiusa del fr. in un modo esauriente. Ecco le parole del testo:

1) Pand. vol. III p. 729.

2) Die Lehre vom Einkommen vol. I, specialmente p. 157.

3) Confr. Riccobono, Archivio Giuridico vol. 58 p. 61, 64 e segg.

4) Paling. II p. 1133.

5) Sono i fram. 7 D. 23, 3, 4 D. 23, 4; 5 D. eod.; 7 D. 24, 3.

fr. 7 § 16 D. 24-3.

Impendi *autem* fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrumve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur. sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est. plane si novam villam necessario extruxit vel veterem totam sine culpa sua conlapsam restituerit, erit eius impensae petitio: simili modo et si pastina instituit. hae enim impensae aut in res¹⁾ necessarias aut utiles cedunt pariuntque marito actionem.

Il lato notevole di questo fr. è che esso trovasi in forte contrasto col fr. 3 § 1 in esame. L'obbietto della trattazione è identico in entrambi, e si estende sui tre punti seguenti: determinare il concetto delle spese pei frutti; distinguerle dalle necessarie; indicare gli effetti giuridici delle due categorie. I due testi, secondo le indicazioni che ci offrono i digesti, sarebbero stati scritti dallo stesso autore, Ulpiano, ed inseriti nella stessa opera. Ma le due trattazioni coincidono solo in un punto, nella determinazione degli effetti giuridici che derivano dall'una o dall'altra categoria di spese; in tutto il resto troviamo due ordini di idee affatto diverse, nè voglio dire per ora oppugnanti.

Infatti nel fr. 7 § 16 cit. Ulpiano non espone evidentemente idee proprie, ovvero una dottrina speciale, chè piuttosto ricava il suo insegnamento, come già di frequente, da Pomponio. Egli distingue inoltre le spese pei frutti dalle necessarie *in rem* per via di esempi tratti dal suo esemplare, senza punto tentare una formulazione generale ed astratta. In contrapposto, nel fr. 3 § 1 noi troviamo una dottrina nuova, del tutto particolare allo scrittore: *nos definiemus*; e la distinzione è presentata in una forma astratta, in base ai seguenti criterii generali: sono spese necessarie quelle che hanno una *perpetua utilitas* o, perlomeno, che non

1) La parola *res* è notata dal Lenel, Pal. 1135, e dal Mommsen come un glossema; ma piuttosto si deve osservare che quest'ultimo periodo fu modificato dai compilatori, come dirò in seguito; Ulpiano scrisse forse semplicemente: hae enim impensae in necessarias cedunt pariuntque marito retentionem. Infatti nell'ultima parte del fr. si parla soltanto di spese necessarie (*plane si... necessario...*) in contrapposto a spese pei frutti.

sono utili *tantum ad praesens*; sono invece spese pei frutti quelle la cui utilità è limitata *ad praesentis anni fructum*. Or di questo criterio, che dovrebbe essere decisivo, non vi ha nel fr. 7 § 16 cit. il più lontano cenno, nessun indizio o germe che dir si voglia; e i due fr. quindi differiscono nei punti essenziali in modo da costituire due tipi diversi, per la intrinseca struttura e per la concezione.

Passiamo ad osservare ora più direttamente il fr. 3 § 1, che figura nei Digesti estratto dal l. XXXVI del commento ulpiano.

Sotto il titolo *de retentionibus* ¹⁾ Ulpiano si occupava delle *impensae in rem* esclusivamente, come quelle che sole venivano in considerazione nel *iudicium rei uxoriae*. L'ordine della trattazione in questa materia era, come sembra, tradizionale. Nel l. singularis regul. VI. 14, Ulpiano segue lo stesso sistema. Nel commento a Sabino cominciava dal distinguere tre categorie di *impensae* (fr. 1 pr.); indicava in seguito il criterio decisivo per le *necessariae* (§ 1); indi limitava il concetto delle spese necessarie relativamente all'obbietto (§ 2); nel § 3 riportava alcuni esempi sull'autorità di Labeone e Fulcinio; nel fr. 3 continuava gli esempi [segue poi il nostro fr. 3 § 1]; nel fr. 5 pr. §§ 1, 2 illustrava la regola *impensae necessariae dotem minuunt*; seguiva nel fr. 5 § 3 la determinazione delle spese utili; nel fr. 7 p. trattava delle voluttuarie; indi del compenso per le utili (7 § 1); e finalmente nel fr. 11 pr. [omesso per ora il fr. 9] del compenso per le voluttuarie. Da questo schema appare chiaro che per discorrere delle *impensae in fructus* non vi era posto alcuno; anzi una tale trattazione era esclusa a priori in questo titolo, come già si rileva dall'enunciazione del tema fatta da Ulpiano nel fr. 1 pr.

Ecco dunque un fatto singolare che non può non far senso; noi troviamo nel l. XXXVI interrotta la esposizione rigorosamente sistematica delle *impensae in rem* da una regola, destinata essenzialmente a distinguere le spese necessarie dalle spese pei frutti; e di questa regola, formulata in maniera astratta e generale, non troviamo invece alcun vestigio o indizio, come avremmo dovuto aspettarci, nel l. XXXI del commento, cioè nella trattazione ge-

1) Lenel, Pal. II p. 1151.

nerale dei frutti dotali, e precisamente al posto del fr. 7 § 16, che era veramente in sede *materiae*. L'enunciazione quindi del nuovo principio non è al suo posto naturale, ma in un punto del commento ove, tutt'al più, se ne poteva accennare per connessione di idee, per semplice dilucidazione e confronto.

Ma passi pur questo. Ammesso che Ulpiano per ragioni che sfuggono alla nostra indagine, per una svista o per esuberanza nella esposizione, avesse voluto contrapporre, in quel punto del suo commentario, il concetto delle spese pei frutti alla categoria delle spese necessarie *in rem*, certo, non avrebbe potuto immediatamente disconoscere la definizione delle spese necessarie data poco avanti, nel fr. 1 § 1, ed illustrata con esempi parecchi nel fr. 1 § 3 e fr. 3 pr. Or vediamo in che rapporto viene a trovarsi quella definizione di fronte alla regola enunciata nel fr. 3 § 1; un semplice confronto è sufficiente per raccogliere una risposta precisa.

fr. 1 § 1 — *Necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem inpendendi: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur.*

fr. 3 § 1 — *Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: cet.*

In entrambi questi frammenti si vogliono indicare i caratteri precipui delle spese necessarie. Però nel primo troviamo segnato il carattere assoluto; la *necessitas inpendendi* che è il requisito fondamentale. Nel secondo si vorrebbe pur rilevare uno dei caratteri essenziali alle spese necessarie ma in un rapporto relativo, e propriamente in contrapposto alla classe delle spese pei frutti; questo elemento sarebbe la perpetuità dell'opera o, perlomeno, la utilità non attuale. Or è certo che il requisito della perpetuità non presuppone affatto nemmeno lontanamente quello della necessità, ma è bensì un nuovo elemento indipendente e distinto dal primo, che può quindi tante volte riscontrarsi in altre categorie di spese che non siano necessarie nel senso del fr. 1 § 1; così particolarmente nelle spese utili, e spesso anche nelle voluttuarie.

Il risultato è quindi sorprendente; in quanto uno dei carat-

teri essenziali delle spese necessarie, secondo il fr. 3 § 1, non è compreso nella definizione delle medesime, contenuta nel fr. 1 § 1. Ed a me pare che noi siamo costretti a dire; o che la prima formulazione apparve ad Ulpiano manchevole e volle subito correggerla, o, piuttosto, che il fr. 3 § 1 non fu scritto da Ulpiano.

Per me è sicura la seconda ipotesi.

Nè questo è tutto; il fr. 3 § 1 è singolare per altro riguardo. In esso si tratta di spese necessarie o pei frutti in generale, cioè in un modo completamente obiettivo senza alcun riferimento alla materia dotale; laddove, invece, Ulpiano in tutto il titolo, come pure già nel l. XXXI innanzi esaminato, tratta delle spese sempre in diretto rapporto con la dote. ¹⁾ È questa un'osservazione che ha il suo peso, dacchè noi vedremo in seguito che i Greci commentatori, nel riportare il contenuto del nostro fr., lo hanno riferito alla dote, apportandovi leggiere modificazioni.

E dopo quanto abbiamo osservato, un altro forte indizio si può ricavare dalla forma del fr. S'intende già che il bisogno di formulare una regola generale a questo proposito, potè meglio essere sentito dai compilatori, che difatti ci hanno lasciati non pochi esempi di questa loro tendenza. Nel nostro caso poi essi si manifestano già nell'introduzione del § con tre parole solenni ed imponenti: *Nos generaliter definiemus* — che senza dubbio svelano lo stile della cancelleria imperiale. ²⁾ Ed a che proposito queste parole? Esse capitano nel discorso come un fulmine a ciel sereno; parrebbe si dovesse presupporre una controversia, per lo meno un cenno fatto innanzi di una quistione che attende di essere risolta o dilucidata, e di tutto questo non vi ha orma.

In quanto allo stile poi si notæ il soggetto della 2^a e 3^a proposizione, del verbo *pertineat*, non si sa ritrovare; nella 4^a manca il soggetto ed il verbo; nella 5^a, *si in (!) praesentis*,³⁾ indoviniamo soltanto il pensiero dello scrittore, che forse voleva significare: si ad utilitatem praesentis anni inpena pertineat; nella 6^a, *cum fructibus hoc compensandum* non si sa a che rife-

1) Confr. Lenel, Pal. II. p. 1131, 1151 e segg.

2) Nello stesso contesto Ulpiano [fr. 5 § 1] parla in singolare: *et ego*.

3) L'uso della parola *praesens* con ellissi di *tempus etc.* è prediletto dai compilatori; cfr. Kalb, Die Iagd nach Interpolationen pag. 23, 24.

rire τὸ *hoc*; nella 7^a appare la prima volta un soggetto *erogatio*, che deve essere *apta ad praesens* (!): oltre poi a tutti questi fiori di stile e di logica, e la materia da raccogliere sarebbe ancora abbondante.¹⁾ in sole 5 linee troviamo 5 accusativi con *ad*, 4 volte *praesens praesentis*, una dozzina di ellissi, l'uso della parola *agri* per *fundi*, *erogatio* ²⁾ per *impensa*.

Se, dopotutto, si volesse ritenere questo fr. come genuino, a me pare che si dovrebbe totalmente rinunciare a far della critica sui testi, e piuttosto dovremmo accoglierli quali sono, con le indicazioni che ci hanno tramandate i commissarii di Giustiniano.

II. Per l'esame dell'altro testo le fonti offrono aiuti più diretti; la dimostrazione su questo punto scorrerà quindi più piana e, come è naturale, le considerazioni già fatte nelle pagine precedenti, riceveranno, anche per questa via, nuova luce.

fr. 9 *Ulpianus* l. XXXVI *ad Sab.*

Pro voluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem: ceterum si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit.

La disposizione contenuta in questo fr. può dirsi chiara; in essa domina il concetto che le spese voluttuarie debbono pure a-

1) Noto qualche altro fenomeno: nell'ultima proposizione del fr. *necessariis impensis computandum*, il gerundio si accorda con *hoc* del periodo più lontano, mentre nella proposizione precedente e connessa si ha un soggetto, *erogatio*. La terza proposizione: *vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat*, non sta grammaticalmente; il Mommsen vorrebbe rimediare scrivendo *sit* invece di *ad*, ma gli sfugge che in tal modo il verbo *pertineat* resta fuori posto.

2) *Erogatio* si riscontra normalmente nel senso di dazione, spesa = uscita, pagamento [confr. fr. 9 § 2 D. 42,5; 14 pr. D. 50,4; 6 pr. D. 50,6]; nel senso di *impensa* trovo per caso la parola nel fr. 40 pr. D. 39,2, ma il brano è certamente interpolato: *licet enim in hac magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam*. Il verbo *erogare* invece occorre più volte nel senso di *impendere*, e specialmente in quei passi nei quali si trova ripetuto, insieme, il verbo *impendere*: confr. Ulpianus, fr. 14 § 3 D. 11,7 *in locum fuerit erogatum* (precede tre volte *impensum*); fr. 13 § 22 D. 19,1 *in aedificia erogatum est*; Paulus, fr. 1 § 19 D. 35, 2 *in exstruktionem erogatum*; fr. 29 § 2 D. 20,1 *sumptus in exstruktionem* (leggi: *exstruktionem*) *erogatos*; fr. 36 D. 35,2 *erog. in pretium servi*. Africanus, fr. 7 pr. D. 14,1 *pecuniam in refectionem (navis) erogata esse*; Cicero ad Att. 8,5 *in sumptum eroget*.

vere riconoscimento nel giudizio *de dote*. Sciolto il matrimonio, il marito ha diritto ad avere, di regola, anche un compenso per le spese improduttive fatte sulle cose dotali, durante il matrimonio. Soltanto la forma e l'entità obbiettiva del compenso può variare, come nelle obbligazioni con facoltà alternativa; infatti nel fr. è data facoltà alla donna di avvalersi di questi due mezzi: o rimborsare al marito le spese fatte; ovvero, nel caso che non possa o non voglia far ciò, permettere che il marito possa detrarre, in dati limiti, dalle cose dotali quelle parti o quelli obbietti che vi avesse congiunti impiegando somme proprie.

Ma tale statuizione presuppone già che lo *ius tollendi* fosse stato noto ad Ulpiano ed ai romani giureconsulti come un istituto giuridico. E ciò si deve negare. Il riconoscimento di tale istituto, da parte dei giureconsulti classici, appare *a priori* poco probabile, dato che la disposizione delle XII tav. *de tigno iuncto*, che vietava, in modo assoluto, la separazione dei materiali congiunti agli edificii, vigeva ancora nel periodo classico, in quella forma, almeno, che è a noi nota dai libri di Giustiniano. Con la scorta di questo concetto io affermai in altri lavori, ripetutamente, che l'istituto ricordato, quale viene esposto nel Corpus iuris, non può derivare che da Giustiniano. ¹⁾ Il Pernice nella 2^a edizione del *Labeo* ²⁾ pervenne, indipendentemente, allo stesso risultato, per quanto riguarda perlomeno la critica di molti frammenti che trattano dello *ius tollendi*. E se il Pernice non attaccò l'istituto in sè e nella sua interezza, ciò si deve forse, come a me sembra, alla autorità che si suole attribuire ai frammenti Sinaitici. Ma è tuttavia notevole che il Pernice, già nella 1^a edizione del *Labeo*, ³⁾ aveva trovato strana la coesistenza dello istituto del *ius tollendi* e della legge *de tigno iuncto* nei frammenti attribuiti agli antichi giuristi. L'osservazione era stata fatta pure da Fabro, quantunque non senza contraddizioni. ⁴⁾ Cuiacio, ⁵⁾ d'altra parte,

1) Confr. Archivio Giuridico vol. 53 p. 521 e seg.; vol. 54, p. 265 e seg., specialmente p. 278 n. 2. e Bullettino I. D. R. vol. VIII p. 241 e seg.

2) Vol. II, Abt. I p. 382 e seg.

3) Vol. II p. 176. — S'intende bene che la Glossa avea già annotati al fr. 9 i testi che sono in aperta contraddizione per questo riguardo.

4) Confr. Rationalia in pand. ad l. 38 D. V-3, e meglio ancora ad l. 37 D. VI 1; ma le contraddizioni del Fabro (v. ad l. 38 D. VI-1) hanno origine dal fatto che egli ebbe un falso concetto del divieto decemvirale.

5) Confr. Observat. l. X c. IV.

trattando di questa materia, potè rilevare una controversia agitata fra le due scuole di Roma riguardo alla interpretazione della disposizione decemvirale. In questo senso tentai pur io di raccogliere e interpretare i testi derivati dai giuristi Proculiani che davano alla disposizione delle XII tav. un significato più ristretto.¹⁾

Ma la questione è ancora *sub iudice*. Una trattazione generale su questo punto sarà fatta da me nell'opera sulle *impensae*, di cui era un presupposto necessario l'esame critico dei frammenti Sinaitici e dei testi in discussione. Ho voluto pertanto riassumere questi dati, per mostrare al lettore che se ometto in questo luogo di considerare i molti fr. che riguardano lo *ius tollendi* ciò avviene senza alcun pregiudizio della tesi, tenuto anche conto che buona parte dei fr. relativi, e senza dubbio i più importanti, furono già discussi dal Pernice.

Limite quindi la mia indagine a quel tanto che è necessario per la critica del fr. 9 di sopra trascritto.

Passando a discorrere del mio soggetto comincio dall'affermare che tutte le testimonianze derivate da giureconsulti dall'epoca dei Severi, in parte genuine, in parte alterate dai compilatori e che sono quindi da restituire alla loro integrità, contraddicono in modo preciso il pronunziato che troviamo nel fr. 9, cioè che si fosse accordato al marito un compenso qualunque per le *impensae voluptariae*. Ma perchè la dimostrazione proceda con chiarezza, e per rimuovere ogni lontano dubbio, comincerò l'indagine un pò dall'alto, attraendo nel mio esame anche il trattamento che nel periodo classico era fatto per le spese utili, e ravvicinando passo a passo le decisioni dei classici in questa materia con le altre relative alle spese voluttuarie.

Paolo nel fr. 8 D. XXV-1, estratto dal l. VII *ad Sab.*, nega al marito qualunque compenso per le spese utili fatte *sine voluntate mulieris*, ed osserva che non sarebbe equo costringere la donna a vendere la cosa, se non può altrimenti pagarne il valore. Ecco come si esprime il giureconsulto.

Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt,

1) Nei lavori citati nella nota. I pag. 239.

si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem.

La stessa dottrina espone Paolo nel l. VI (fr. 79 § 1 D. 50, 16) del commento a Plauzio, con le parole:

quorum (*scil. utilium*) nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere.

È evidente che queste parole furono aggiunte da Paolo al testo originale di Plauzio;¹⁾ ciò si desume innanzitutto dal fatto che questo periodo viene ad interrompere la serie degli esempi; in secondo luogo dalla considerazione che Plauzio, in questo punto, non si occupava del compenso, ma determinava soltanto il concetto delle varie categorie di spese. Il confronto inoltre di questo periodo col fr. 8 cit. di Paolo è pure istruttivo.

La teoria relativa alle spese utili, esposta da Ulpiano nei suoi commentarii, non è pervenuta a noi genuina. Ulpiano, nei fr. 7 § 1 D. 25-1 e 7 § 16 D. 24-3, dà al marito actionem (ex-actionem) per le spese necessarie e così pure per le spese utili. Ma è certo, e che io sappia nessuno ne ha mai dubitato, che in questi frammenti la parola *actio*, perlomeno, fu sostituita dai compilatori alla parola *retentio*. Di più noi vedremo più oltre, che la dottrina insegnata da Ulpiano in quei luoghi coincideva perfettamente con quella di Paolo di sopra riferita, e che il fr. 7 § 1 h. t. in particolare fu rimesso a nuovo dai commissari.

Per il compenso, dunque, delle spese utili l'elemento decisivo, su cui si fondarono i giureconsulti romani, nell'ultimo momento, era l'esistenza o meno del consenso da parte della donna per questo genere di spese; il marito poteva richiedere un indennizzo soltanto per quelle spese utili fatte *voluntate mulieris*. L'opinione definitiva, che riuscì a dominare²⁾ nel periodo clas-

1) Diversamente il Ferrini, nello Studio dei libri di Paolo ad Plautium (Memorie della R. Accademia di Modena, X p. 191) attribuisce a Plauzio per intero il fr. 79 cit.

2) Dico che riuscì a dominare, perchè Paolo nel fr. 8 cit espone la dottrina come se fosse seguita soltanto da una parte dei giureconsulti « *quidam dicunt* ». Ma per spiegare questa frase va avvertito che il compenso per le spese utili fu riconosciuto soltanto nel periodo classico e che fu ignoto a Labeone (cfr. fr. 18 D. 23, 5); è naturale quindi che Paolo trovando nella letteratura più antica diversi pronunziati si esprimesse cautamente.

sico fu appunto questa; come ne viene anco confermato dallo stesso Giustiniano, che nella C. unica, *de rei uxoriae actione* cet. V. 13, dell'anno 530, al § 5, così riferisce l'antica dottrina:

— *utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio.*

Ed al lettore certo non sfugge che lo stesso Giustiniano, nelle riforme apportate in questo punto di diritto, volle pure, nelle statuizioni ora riportate, render omaggio all'elemento della *voluntas mulieris*, ma in una maniera soltanto formale; laddove negli scritti genuini dei giureconsulti il consenso della donna aveva altra importanza, era semplicemente decisivo per la questione del compenso.

Or, passando a trattare delle spese voluttuarie, mi si permetta un'osservazione assai semplice e preliminare. Se nel periodo classico si accordava solo in limiti molto ristretti un compenso per le spese utili (le quali, in ogni caso, logicamente e per un postulato economico, meritano un trattamento migliore che le spese voluttuarie) noi possiamo *a priori* affermare, che per spese di lusso si potrebbe tutt'al più rinvenire negli scritti dei giureconsulti un trattamento pari a quello che era fatto alle spese utili, e dovrebbe quindi il compenso per le voluttuarie trovarsi pur limitato a quei casi in cui il marito le avesse fatto col consenso della moglie. Una considerazione più favorevole, o semplicemente più larga delle spese voluttuarie, sarebbe stata una incoerenza ed avrebbe urtato la logica giuridica. Per le spese utili Paolo e Ulpiano non fanno cenno affatto, in casi in cui sarebbe stato opportuno, dello *ius tollendi*. E se noi troviamo la menzione di questo mezzo giuridico, che assicura al marito, senz'altre restrizioni, ci sia cioè stato o no il consenso della moglie, un compenso per le spese voluttuarie, dobbiamo riconoscere che siamo qui di fronte ad un nuovo ordine di idee, del tutto estraneo alle dottrine insegnate dai giureconsulti. Si consideri pure che lo *ius*

tollendi, in ogni caso, è il meno che possa sperare il marito, dacchè, di frequente, la donna, o chi per essa, sarà obbligata dalla condizione delle cose, nel proprio interesse, a pagare direttamente le somme spese dal marito.

Ma checchè ne sia di ciò, noi abbiamo un documento diretto ed esplicito che prova come il rimedio dello *ius tollendi* fu codificato per le spese voluttuarie da Giustiniano nella *Const.* già citata, ove leggiamo:

quodsi voluptariae sunt, licet voluntate eius expensae, deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur.

Ammesso che Giustiniano per primo avesse introdotto per le spese voluttuarie questa forma di compenso, svanirebbe ogni incoerenza nella dottrina delle spese; dacchè se Giustiniano volle abolire la serie delle *retentiones* nel iudicium de dote, d'altra parte tendeva a ristabilire un perfetto equilibrio economico fra i patrimoni dei coniugi, nel momento dello scioglimento del matrimonio. La riforma in questo senso era omai matura, e Giustiniano, se nella chiusa del § 5 della *Const.* cit. esclama con compiacimento: ut sit omnium retentionum expeditus tractatus — aveva pure perfetta consapevolezza che l'azione dotale nella sua legislazione avea infine assunto un carattere prettamente patrimoniale. Conseguentemente, le spese utili vennero a godere di una considerazione generale, come già negli altri *iudicia*, e si assicurò al marito un'azione, in ogni caso, *mandati* ovvero *negotiorum gest.*, a secondo che le spese fossero state fatte con la volontà o meno della donna. ¹⁾

Per le spese voluttuarie, poi, accordandosi al marito, perlomeno, il rimedio dello *ius tollendi*, si era fatta cosa ragionevole, in quanto ormai un tal mezzo poteva essere considerato ed era effettivamente un *minus* di fronte al trattamento codificato per le spese utili.

¹⁾ La riforma di Giustiniano è avvertita in questo punto dai Greci; cfr. scolio I al cap. VIII Basil. XXVIII, 10, ove si illustrano le parole: *γνώμη τῆς γυναίκος*, lo scoliaste richiama il fr. 79 D. 50, 16. e contrappone la *Const.* di Giustiniano. Così pure Taleo nelle *paragraphae* alla l. unica C. V. 13, riferendosi alla considerazione delle spese utili dice: *τοῦτο ξένον ἐστίν*. Heimbach, vol. III pag. 452.

E già per questi riflessi, che vedremo in seguito confermati per altro ordine di argomenti, lo *ius tollendi* si appalesa come una innovazione giustiniana, che si aggiunge alle altre azioni stabilite dall'Imperatore in materia di spese nella *Const. unica cit.*; ed il fr. 9 D. in esame, attribuito ad Ulpiano, ci si manifesta come una riproduzione del principio codificato già nell'anno 530 nella detta *Const.*, quindi come fattura dei compilatori.

Ma il fr. 9 è più completo e più elaborato nei particolari che non sia la prescrizione accolta nella C. — Nel fr. 9 lo *ius tollendi* non è più dato al marito *simpliciter*, ma con certe restrizioni, fra le quali è importante la facoltà data alla donna di potere escludere la separazione delle opere dalle cose dotali, mediante il rimborso delle spese fatte dal marito. Ciò non può far meraviglia; si spiega anzi bene osservando che i compilatori, nel tempo che lavoravano per la composizione dei digesti, vennero acquistando, per la lettura delle opere classiche, maggiori cognizioni, e poterono quindi in seguito elaborare i loro concetti originali meglio che non avessero potuto fare i redattori della *Const.* nel 530. Ed infatti l'istituto dello *ius tollendi* avea nel frattempo subito uno sviluppo nella mente dei commissari, in parte anche perchè lo si era utilizzato con predilezione, in diverse materie, come un *maximum remedium* da concedere a chi non avesse facoltà di esperire altri mezzi giuridici per riavere il *suo*, inteso questo termine nel senso volgare. Tutte le volte che occorre nei testi la menzione della *sublatio impensarum*, noi ritroviamo costantemente la stessa forma, le identiche limitazioni e presso a poco anche le stesse parole; così in particolare, la facoltà concessa alla donna nel nostro fr. 9; di potere impedire la separazione degli oggetti mediante il pagamento dell'equivalente, ci si presenta codificata in altri istituti, in periodi che evidentemente sono insiticii; così nei frammenti:

38 D. VI-1. — *constituimus vero ut si paratus est dominus tantum dare quantum habiturus est possessor his rebus ablatis fiat ei potestas.* ¹⁾

¹⁾ Confr. per questo fr. Fabro *Rationalia ad h. l.*; Eisele *Compensation* p. 84.; Pampaloni *Archivio Giuridico* vol. 55 p. 506; Pernice, *Labeo II* p. 294.

fr. 27 § 5 D. VI-1 — nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium. ¹⁾

fr. 10 § 10 D. XVII. 1 — permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat, nisi rationem sumptus istius dominus admittit.

Non mi sembra possibile che si possa ragionevolmente dubitare delle interpolazioni in questi tre frammenti; che se poi il Kalb ²⁾ credette di recente, in base ad un lieve indizio, di potere affermare la genuinità del periodo sopra riportato del fr. 38 (VI-1), la risposta sarebbe ben facile, e si potrebbe agevolmente trarre dalle fonti copioso materiale per dimostrare la insufficienza dei criterii che il dotto scrittore vorrebbe stabilire per la critica dei testi, e la fallacia del suo sistema. ³⁾

Ed ora ecco la prova più diretta della interpolazione del fr. 9 in esame. Secondo le indicazioni che ci danno i digesti sarebbero stati estratti dal l. XXXVI ad Sab. insieme al fr. 9 cit. anche il fr. 11 h. t.; in quest'ultimo testo si tratta pure del compenso delle spese voluttuarie e la dottrina è esposta nel modo seguente:

In voluptariis autem Aristo scribit nec si voluntate mulieris factae sunt, exactionem parere.

Questo testo è per noi una rivelazione. Preziosa è la congiunzione *autem* che indica come Ulpiano, nella proposizione immediatamente precedente, avesse trattato di altra categoria di *impensae*; più importante ancora la proposizione: nec si voluntate mulieris factae sunt, che prova senz'altro come innanzi si fosse parlato di *impensae utiles*. Questi indizii così categorici ci danno la possibilità di potere matematicamente ricostruire la decisione ulpiana contenuta nel periodo precedente al fr. 11.

Ecco quale era l'ordine dei fram., e, sostanzialmente anche la forma genuina dei medesimi, nel commento originale di Ulpiano:

1) Pernice o. c. p. 383.

2) Die Iagd nach Interpolationen in den Digesten p. 18.

3) Le giuste osservazioni dell'Eisele, [Beiträge zur Rechtsgeschichte pag. 226-228 confr. pure pag. 232] non sono state punto scosse, ma hanno acquistato invece più valore dopo lo scritto del Kalb ora citato.

fr. 7 — *quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen si voluntate mulieris factae sint habent retentionem.*

fr. 11. pr. In voluptariis autem Aristo scribit nec si voluntate mulieris factae sunt, *retentionem* parere.

Le parole riprodotte con caratteri corsivi furono soppresse dai commissari o soltanto mutate. Ulpiano quindi esponeva, riguardo al compenso per le spese utili, la dottrina che troviamo insegnata da Paolo [fr. 8 D. h. t.], e che Giustiniano [Const. unica cit. § 5] riferisce come dominante nel d. classico. L'elemento della volontà, cioè il consenso prestato dalla donna per tali spese, era decisivo per il compenso. Nel fr. 11 pr. cit. Ulpiano passava a discorrere delle *impensae voluptariae*, ed insegnava che per questa categoria di spese, anche se fatte *voluntate mulieris*, era escluso ogni compenso. Del resto, se in contrapposto alle spese utili la giurisprudenza romana mantenne fermo il principio, qui ed altrove, che le spese voluttuarie non meritassero, come tali, considerazione alcuna, noi sappiamo e dobbiamo riconoscere che una tale regola, corretta dal punto di vista giuridico, era poi di evidente ragionevolezza.

Nel fr. 11 pertanto la congiunzione *autem* aveva forza avversativa al precedente pronunziato, che nell'opera originale era costituito dal periodo che formò nei Digesti il fr. 7. Pel fr. 9 in esame, come si vede, non resta alcun posto, esso non proviene dal commento ulpiano. Ed è in particolare poi impossibile che questo fr. avesse potuto occupare nell'opera originale di Ulpiano il posto che ha ora nella Palingenesia del Lenel. ¹⁾ cioè innanti al fr. 11, come si legge nei Digesti; perchè Ulpiano avrebbe così esposto prima il d. vigente a suo tempo in modo particolareggiato e preciso, e poi sarebbe venuto a dar notizia della contraria opinione di un giureconsulto del sec. II, vissuto quasi un secolo avanti, di Aristone. Ciò non avrebbe avuto senso. ²⁾ In tali casi i giuristi accennano prima all'opinione degli antichi, ne contrappongono altre, trattano dello sviluppo dell'istituto, ne va-

1) Ulpiani 2807.

2. Infatti il Pothier nell'ordinamento delle sue pandette fa precedere il fr. 11 al fr. 9; confr. p. 469.

gliano gli elementi o argomenti, per venire poi alla dottrina ultima o ad esporre il d. vigente.

Le prove tutte concordano, come a me sembra, in modo perfetto, e riescono a dare uno stesso risultato. Lo *ius tollendi* non è noto a Paolo, nemmeno per le *impensae utiles*. La dottrina di Ulpiano è conforme in questo punto a quella del suo contemporaneo. Per le spese voluttuarie i giureconsulti romani negavano ogni compenso. Il fr. 9 che si pretende estratto dal commento di Ulpiano a Sabino si è visto che non quadra a quel posto, ove invece la trattazione delle spese voluttuarie cominciava ed era esaurita col fr. 11 pr.

In contrapposto le riforme di Giustiniano spiegano benissimo la dottrina che noi leggiamo nei Digesti. Per averne la chiave dobbiamo tener presente la *Const. unica* V. 13., con la quale l'*actio rei uxoriae* subì una completa trasformazione. A noi interessa rilevare che Giustiniano, avendo abolite le *retentiones*, diede per le spese utili un'azione, e ciò in modo generale, senza alcun riguardo, sostanzialmente, al precedente consenso della donna; il fr. 7 D. h. t. subì quindi quella trasformazione che abbiamo visto, ed anche nel fr. 7 § 16 D. 24-3 i compilatori poterono menzionare, accanto alle spese necessarie, le spese utili e dire che *pariunt marito actionem*. Per le spese voluttuarie Giustiniano pel primo concesse lo *ius tollendi*, e ciò perchè in ogni caso, con la restituzione della dote, ognuna delle parti potesse avere il suo e fosse evitato un lucro con danno altrui. In base a questa prescrizione i compilatori nel coordinamento dei testi dovettero inserire nel tit. XXV-1 il fr. 9; il fr. 11 pr. fu accolto nei Digesti per svista, confuso come si trovava col § 1.

Per chi volesse poi ulteriori prove di questo assunto, dirò che Ulpiano non poteva scrivere e non scrisse quel latino che leggiamo nel fr. 9: il *pati maritum tollentem* è un vero gioiello, che diviene poi problematico se si ammette la possibilità che il matrimonio possa esser sciolto per la morte del marito; per la forma *exactionem patitur* è sufficiente notare che i compilatori usarono ed abusarono, spesso in modo strano, del verbo *pati*; ¹⁾

1) Cfr. Gradenwitz, Interpolationen p. 102; fr. 43 D. 47. 10: *amotionem patitur* (v. Lenel Pal. Gai n. 484); fr. 24 § 2 D. 24,3: *dilationem pati*.

si vult habere: che cosa? Aloandro, il Leist ²⁾ e già la Vulgata aggiungono come oggetto *rem*, ma evidentemente è questa una correzione che non possiamo riconoscere; *aut si non vult*: si deve sottintendere *habere*, o *reddere ea quae impensa sunt ??*: *pati debet tollentem*, cioè *maritum (!)*; *si modo recipient separationem*, per questa proposizione non si può ritrovare un soggetto; inoltre nei vari significati di *recipere* domina sempre il concetto di aver presso di sé, riprendere, ricevere, in alcune frasi giuridiche vale anche ammettere, così *recipere*: *usucapionem*, *dolum*, *diem*, *conditionem*, *div. etc.*, ma non si dice *recipere separationem*, che è certamente ancor peggio del *recipere pristinam litoris speciem* del fr. 14 § 1 D. 41-1, ove mi par di vedere la mano dei compilatori; *ceterum si non recipient*; manca sempre il soggetto; *relinquendae sunt (!!)*; la frase *ornatum quem posuit* imita bruttamente la espressione classica *ponere aedificium*; e finalmente il fr. si chiude con le parole: *si futurum est eius quod abstulit*, la quale proposizione poi è incomprensibile e si è discusso sempre sul significato. Per me è certo che il compilatore voleva esprimere il concetto che lo *ius tollendi* debba aver luogo solo nel caso che il marito ne venga a trarre un'utilità. Alla mente dello scrittore aderiva il ben noto fr. 38 D. VI-1 di Celso, ¹⁾ e specialmente le parole: *neque malitiis indulgendum est si tectorium puta quod induxeris corradere velis nihil laturus nisi ut officias*: in questo senso fu anche inteso dai greci commentatori, infatti lo scolio 1 al cap. 9 XXVIII, 10 dei Basilici dilucida il concetto con le parole del fr. 38 D. VI-1 ¹⁾ e così fa anche la Glossa. Ma se il senso del fr. non può esser altro che questo, le controversie su questo punto avean ragion d'essere, perchè quel significato non emerge affatto dalle parole; *esse* non può significare *prodesse*; come pretenderebbe fra altri il Pothier; ¹⁾ il genetivo *eius* inoltre indica per-

²⁾ Civil. Studien vol. II, (impensen) p. 38.

¹⁾ Si è già visto che questo fr. trovasi per più riguardi in stretta relazione col nostro fr. 9.

¹⁾ Heimbach vol. III pag. 298: *tunc autem maritus quod adiecit potest auferre, cum apud ipsum tollentem salvum futurum est: nam si id, quod adiectum est, perdere tantum velit, quia ipse nullum commodum sentit, sed mulieri nocet, id ei non permittimus.*

¹⁾ Pand. vol. II p. 459 n. 4. È naturale che molti hanno creduto opportuno correggere il testo e ricavarne la forma *profuturum est ei*.

tinenza, e quindi grammaticalmente non è possibile altra interpretazione che quella sostenuta da interpreti e scrittori in ogni tempo, cioè: lo *jus tollendi* è ammesso tutte le volte che la separazione fa risorgere il diritto di proprietà del marito; ovvero, con altre parole, tutte le volte che gli obbietti separati dalle cose dotali ritornano o cadono in proprietà del marito; diversamente la separazione è esclusa, vietata.¹⁾ Or questo è un concetto assurdo; la limitazione non avrebbe scopo alcuno, e come risultato quindi si ricava: lo scrittore non seppe esprimere quel che voleva dire, quel che scrisse non ha senso.

Per il vocabolario troviamo anche in questo fr.: 3 volte *pati*, 2 volte *si vult*, 2 volte *tollens*, 2 volte *recipere*, 2 volte *auferre*, ma così avrà potuto scrivere l'autore del fr. 3 § 1 e non Ulpiano. Da tutte le prove dunque emerge chiaro che i fr. 3 § 1 e 9 D. XXV-1 sono fattura dei compilatori; era tuttavia necessario procedere nella dimostrazione in modo minuzioso, perchè dopo che vennero alla luce i frammenti Sinaitici nessuno scrittore ha osato dubitare della loro genuinità.

Sul proposito infatti il principio che domina incontrastato nella nostra scienza è il seguente: se un frammento dei Digesti, s'insegna, trova riscontro negli scolii Sinaitici, quel fr. va senz'altro ritenuto come genuino, appunto perchè lo scolio greco contiene una derivazione dal testo originale dell'antico giureconsulto, indipendente da quella dei commissarii di Giustiniano. Così l'Alibrandi;²⁾ ove trova un testo dei Digesti confermato dai nostri scolii, osserva, con ingenuo compiacimento, che in quei casi si è sicuri che il passo non fu alterato dai compilatori, e che invece abbiamo il pensiero integro dei giuristi. Il Pampaloni, con felice intuito, aveva notato³⁾ come probabilmente interpolata la forma *Nos generaliter definiemus* del fr. 3 § 1, ma subito dopo ritirava la sua affermazione⁴⁾ per dire il fr. genuino, e ciò

1) Confr. in questo senso già l'indice del testo accolto nei Basilici al cap. 9 cit.; Iensio, *Stricterae* p. 178; Demelius, *Exhibitionspflicht* etc. p. 124 e seg. Schmidt, *Handbuch* I § 15 p. 342.

2) O. c. p. 438.

3) Archivio Giuridico vol. 55 p. 502 n. 10.

4) Archivio G. vol. 56 p. 10 n. 19.

semplicemente per il riscontro che esso ha nei fr. Sinaitici. Il Pernice ¹⁾ inoltre, che aveva esaminati e dichiarati interpolati la maggior parte dei frammenti relativi al *ius tollendi*, trovava pure il fr. 9 cit. punto soddisfacente, equivoco, senza riscontro in altre testimonianze classiche, ma si arrestava di fronte a questo ostacolo insormontabile, ed affermava, con tutta sicurezza, la genuinità del fr. 9, e il riconoscimento dell'istituto del *ius tollendi* nel periodo classico.

La mia dimostrazione ora, come credo, ha rimosso l'ostacolo e sfatato il principio in voga; e non può omai esser dubbio che i due frammenti in esame, quantunque trovino esatto e preciso riscontro negli scolii Sinaitici, non furono estratti dall. XXXVI del commentario di Ulpiano a Sabino, ma furono piuttosto formati ed aggiunti dai compilatori.

V.

Indagine se i §§ 18, 20 degli scolii Sinaitici sieno insiticii nel commento antico

— — —

1. I due fr. dei digesti, esaminati nel cap. precedente, sono riportati quasi alla lettera dagli scolii sinaitici, ai §§ 18, 20, cioè in quella parte del commento da me attribuita alla IV massa. Siccome è accertato che gli scolii si riferivano all'opera di Ulpiano ad Sabinum, in particolare anche al libro XXXVI, e questa iscrizione è segnata nei Digesti ai fr. 3 § 1 e 9 (25-1), interessa vedere in quale rapporto si trovano le due fonti che ci tramandano questi testi. L'antico scoliaste aveva innanzi agli occhi, come si disse, i libri di Ulpiano a Sabino ed in questo punto commentava, seguendo l'esemplare, la dottrina relativa alla distinzione delle varie categorie di *impensae in rem*, ed al compenso che il marito poteva richiedere nel *iudicium rei uxoriae* per le stesse. Nel § 16 lo scoliaste pone il quesito per sapere anzitutto quali spese vanno considerate come *necessariae*. Alla domanda risponde nel § 17, e formula una regola generale:

¹⁾ O. c. p. 387, cfr. p. 384.

Necessaria ἐστὶν δαπάνηματα, ὧν μὴ γινομένων κατεδικάζετο ὁ ἀνὴρ ἐναγόμενος τῇ rei uxoriae. = Necessariae impensae sunt, quibus non factis condemnaretur vir rei uxoriae actione conventus.

Questa regola è tratta certamente, come vedremo in seguito, dal testo ulpiano. Il concetto delle spese necessarie non è desunto dalla natura intrinseca delle medesime, *ex re ipsa*, ma viene piuttosto indicato, nella formula riferita, in un modo indiretto, per via di un elemento giuridicamente caratteristico, cioè la responsabilità che deriva al marito nel *iudicium rei uxoriae* per il fatto della omissione di tali spese. È evidente però che così non si riesce ad avere la nozione delle spese necessarie, ma si ha soltanto cognizione delle conseguenze giuridiche che possono derivare, in speciali circostanze, dalle medesime. La formula è quindi sotto questo punto di vista viziosa, perchè lascia perfettamente inesplorato il momento più notevole dell'indagine. Ed invero nelle stesse fonti romane noi troviamo indicazioni più categoriche che rispondono allo stesso quesito.

Plauzio nel fr. 79 pr. D. 50, 16 determina negativamente il concetto delle spese necessarie, come quelle che "si factae non sint res aut peritura aut deterior futura sit. „ Qui troviamo enunciato in modo diretto e con precisione i presupposti di fatto che caratterizzano e distinguono le spese necessarie dalle altre categorie; la loro omissione, dice Plauzio, ha per conseguenza naturale o il deterioramento o la perdita della cosa. La identica nozione è riprodotta più volte da Ulpiano ¹⁾ nelle sue opere; così nel fr. 1 § 1 D. 25-1 egli dice: *necessariae hae dicuntur quae habent in se necessitatem impendendi*, la *necessitas* di cui parla il giurista è anzitutto di fatto, per l'esistenza della cosa o per il suo regolare funzionamento; ma potrebbe anche intendersi senza sforzo nel senso di una necessità giuridica, cui corrisponde, nel caso di omissione, la responsabilità del marito nel *iudicium rei uxoriae*. Se alle parole di Ulpiano si attribuisce questo secondo significato, allora lo scolio 17 di sopra riportato trova in esse, per quanto implicitamente, esatto riscontro.²⁾

1) *Conr.* fr. 11 pr. D. 25 1: *dos immittitur*; *Reg.* VI. 15: *dos deterior futura est*.

2) In questo senso anche l'Alibrandi o. c. p. 429 e seg.

Ma, comunque sia di ciò, è poi notevole che Paolo nel libro 36 del commento all'editto porge il concetto delle spese necessarie negli stessi termini precisi ¹⁾ come lo troviamo nel commento greco:

fr. 4 D. 25,1: Et in totum id videtur necessariis impensis contineri quod si a marito omisum sit, iudex tanti eum damnet quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri.

in modo che siamo perlomeno sicuri di questo per ora, che lo scoliaste derivò quella regola da un'opera di diritto del periodo classico. ²⁾ I vari confronti poi ci hanno mostrato che la giurisprudenza romana, nel determinare il concetto delle spese necessarie, indicava come elemento caratteristico ora il danno che la loro omissione avrebbe apportato alla dote, ed altre volte la responsabilità del marito nel *iudicium rei uxoriae*. Questi sono diversi punti di vista, ma che stanno fra loro in rapporto di causa ed effetto; la diminuzione della dote avvenuta per colpa del marito, in ispecie, per la omissione di spese necessarie, è un fatto giuridico, che ha per conseguenza la responsabilità del marito nel momento della restituzione della dote. Per questo i giureconsulti romani, che consideravano sempre il diritto allo stato fisiologico, poterono rilevare, indifferentemente, or l'uno or l'altro elemento, senz'avvertire il vizio che logicamente presentava la loro formula.

2. Lo scolio 18, che segue, ritorna di nuovo sul concetto delle spese necessarie, che ora son messe in confronto e differenziate dalle spese per la produzione dei frutti. Lo scolio si riferisce evidentemente al fr. 3 § 1, del quale sono riprodotte le prime parole:

Nos generaliter: ὁρᾷς, πῶς καὶ Ulp. κανονίζει ἡμῖν, ὅσα δαπανήματα πεποίηκεν ὁ ἀνὴρ πρόσκαιρα τῶν καρπῶν ἔνεκεν, ταῦτα τοῖς καρποῖς compensαεῖται, οὐ μὴν ποιεῖ τὴν retentiona. ὅσα δὲ δι-

¹⁾ Nè so quindi comprendere in che senso il Dareste, (Nouvelle R. cit. p. 649) abbia potuto trovare la formulazione contenuta nello scolio 17, non solo *elegante* ma anche *nouvelle*.

²⁾ È possibile anche che la stessa fosse d'origine antica e tradizionale nella letteratura giuridica romana; così pure Alibrandi o. c. p. 429.

ηνεκῇ ἢ καὶ ἐπὶ πολὺν καιρὸν ¹⁾ παρέχει τὴν χρεῖαν, οἷον μῶλος ἢ ἀρτοκοπέιον ἢ τὸ φυτεῦσαι, ταῦτα necessaria ἐστὶ καὶ μείοι τὴν προίκα.

In latino: vides, quomodo etiam Ulpianus regulam nobis ponat: quas impensas pro tempore fructuum causa vir fecit, eas cum fructibus compensat nec retentionem facit: quae vero perpetuae sunt vel in longum tempus utilitatem praebent, velut moles vel pistrinum vel plantatio, eae necessariae sunt et dotem minuunt.

Quel che sorprende anzitutto in questo passo è il fatto che lo scrittore si riporta pure ad Ulpiano per dare un nuovo criterio delle spese necessarie, divergente dalla prima formulazione: — ὁρᾶς, πῶς καὶ Ulp. κανονίζει.

Dunque, se è detto καὶ Ulp vuol dire che il § 18, ora riferito, non ha la stessa origine del § precedente. Infatti in altri scolii [cfr. § 11, 18 in fine, 31, 35,] il commentatore suole confrontare, usando questa maniera di dire, il contenuto di due diverse opere riguardo ad un medesimo punto. Ma se ciò è sicuro, sarebbe d'altra parte affrettato l'affermare senz'altro che il contenuto del § 17 non derivi dal commento di Ulpiano a Sabino. Poichè si presenta come possibile un'altra spiegazione che è pure semplice; supposto che lo scrittore del § 18 non avesse avuto innanzi agli occhi il commento originale di Ulpiano, poteva egli benissimo ignorare che la regola contenuta nel § precedente provenisse già dal commento ulpiano, e quindi usare quella forma καὶ Ulpianos. In altri termini, con quest'ultima ipotesi si verrebbe a dire che il § 18 non fu scritto dallo stesso scoliaste che estrasse e formò il § 17. In favore di questa spiegazione noi abbiamo finora un argomento formale di molto peso; cioè la citazione completamente anormale, del nome di Ulpiano, in un passo che si pretende pure estratto dal commento a Sabino, che era appunto l'esemplare. Ed accertato che il § 18 presenta una anomalia nel sistema degli scolii, la conseguenza necessaria è la seguente: il ritenere, come si è fatto, che il § 17 non può derivare dal commento ulpiano a ragione della prova in contrario che offrirebbe il § 18, costituisce un errore logico;

¹⁾ Il ms. in questo punto è lacunoso; il Krüger supplisce la parola *χρόνον*, ma v. Zachariä Bull. vol. V p. 1.

perchè un documento che abbia un vizio, o, in generale, un fatto che sia anche semplicemente dubbio, non può infirmare conoscenze altrimenti fondate. In base a questo criterio noi dobbiamo fin da ora considerare il § 17, del tutto normale, derivato, come tutti gli altri scolii più antichi, dal commento di Ulpiano.

Questo risultato è poi direttamente confermato da altro ordine di osservazioni.

3. Allo scolio 18 segue immediatamente un confronto con Paolo: τοῦτό φησι καὶ ὁ Paul. βιβλίῳ Ζ' τῶν *ad Sabinum* αὐτοῦ τίτλῳ λε'. che volto in latino suona: idem dicit etiam Paulus l. VII *ad Sab. tit. XXXV.*

Secondo questa notizia lo scolio 18, corrispondente al fr. 3 § 1, ci offrirebbe una dottrina esposta da Ulpiano nel l. 36 *ad Sab.* e ripetuta in modo perfettamente analogo da Paolo nel l. VII *ad Sab.*

Siccome il libro VII del commento di Paolo corrisponde, nel contenuto, al l. XXXVI di Ulpiano, la notizia ed il confronto sembrano a prima vista attendibili. Ma tuttavia va osservato. Il concetto che le spese necessarie si distinguono da quelle fatte per i frutti perchè le prime hanno una *perpetua utilitas*, laddove le altre servono *tantum ad praesens*, non appare in nessuna opera di altro giureconsulto romano, nemmeno indirettamente. Tanto meno ve ne ha orma nelle opere di Paolo, che tratta di spese di frequente e spesso con larghezza. Ulpiano poi, come s'è visto, non ne trattava certamente nel l. 36 *ad Sabinum*; e se a tutto ciò si aggiunge, inoltre, che la distinzione è intrinsecamente di nessun valore, e che trovasi, per giunta, in contraddizione con altre testimonianze dei giureconsulti romani [cfr. fr. 15 D. 25-1], noi dobbiamo fortemente dubitare dell'esattezza del confronto in questo punto. Ma piuttosto, tenuto conto di tutte le altre ragioni di sospetto già accennate, appare più verosimile e naturale che il confronto fatto dallo scoliaste con Paolo VII *ad Sabinum* si riferisse in origine alla regola generale indicata già nello scolio 17, cioè al concetto delle spese necessarie. La formula del testo greco, s'è visto, coincide perfettamente con il criterio che dà in proposito Paolo nel fr. 4 h. t. tanto che l'Alibrandi *)

*) O. C. P. 430.

potè credere che lo scoliaste avesse tratto la regola direttamente da Paolo, supplendo così dal commentario di questo giurista quello che credeva mancante in Ulpiano.

La questione si riduce quindi a sapere se questa congettura dell'Alibrandi ha un fondamento; cioè se è possibile che lo scolio 17 fosse stato estratto dal commento di Paolo. Evidentemente però la risposta deve essere negativa. Da una parte noi sappiamo che l'opera commentata era quella di Ulpiano, e che l'antico scoliaste si limitava a confrontare le massime del suo esemplare con i luoghi corrispondenti di Paolo, ¹⁾ se egli dunque avesse estratto anche il § 17 da altro commento, non avrebbe ommesso la citazione della fonte, come in tutti gli altri scolii. D'altra parte poi ammette lo stesso Alibrandi ²⁾ che la regola contenuta nel § 17 fosse antica, ed è quindi naturale che la stessa si trovasse riportata da entrambi i giureconsulti nei loro commentari a Sabino, e che fosse pur riprodotta, anche con le stesse parole, da Paolo nell'altro commentario all'editto, da cui fu estratto il fr. 4 D. 25,1. Queste ripetizioni nelle opere dei giureconsulti romani, e nei varii commenti di uno stesso autore, sono così normali che lo addurre esempi sarebbe cosa del tutto puerile.

Dopo queste considerazioni non è arbitrario l'ammettere l'origine del § 17 dal commentario ulpiano e il riferire le parole *τοῦτο φησι καὶ ὁ Paulos* alla massima in quello scolio esposta. Allora il periodo: Nos. generaliter.... τὴν προίκα, dello scolio 18 risulta necessariamente insiticio anche nel commento greco, come lo stesso fatto fu a suo luogo chiarito pel fr. 3 § 1 nei Digesti.

4. Il contenuto dello scolio 18 presenta pure delle anomalie, come fu accennato innanzi. Su questo riguardo è sufficiente rimandare alle osservazioni fatte nell'esame del fr. 3 § 1. Se non che per la natura speciale degli *indici*, nei quali il contenuto d'un'opera viene riassunto senza altre digressioni in proposizioni semplici ed assiomatiche, la divergenza fra due scolii consecutivi, quale si riscontra fra i §§ 17 e 18, riesce più stridente ed inopportuna. Se lo scoliaste aveva posto nel § 17 una regola ge-

1) Conf. §§ 31. 34.

2) o. c. pag. 429.

nerale con una certa solennità (κάνονα γενιγόν), dobbiamo presumere che in quella formula, ricavata dallo studio dello esemplare, egli avesse veramente trovato il criterio decisivo per la determinazione delle spese necessarie; e non può non sorprendere quindi lo scolio 18, che segue, in cui è fatta per la prima volta menzione di un altro elemento di capitale importanza per quella stessa categoria di spese, cioè che debbono in ogni caso, a differenza delle spese pei frutti, essere perpetue o perlomeno utili ἐπὶ πλὴν καιρόν. Tutte le manchevolezze ed assurdità rilevate a proposito del fr. 3 § 1, sia riguardo al sistema che alla dottrina in sè, sono evidenti anche nel commento greco.

5. Lo scolio 19 — Ubi non sunt corpora — ha riscontro con un periodo che si legge verso la metà del fr. 5 pr. D. 25,1, che è pure estratto dal l. 36 di Ulpiano *ad Sabinum*. Ciò indica che l'antico scoliaste seguiva l'opera di Ulpiano passo a passo rilevandone successivamente i punti essenziali. Ma perciò fra lo scolio 18 ed il 19 ci deve essere una lacuna. Nel fr. 5 cit. Ulpiano illustrava la regola: *impensae necessariae minuunt dotem*. La proposizione: *ubi non sunt corpora* è una semplice subordinata in quella trattazione, e presuppone quindi necessariamente la menzione della regola principale, la quale, del resto, per la sua importanza non poteva esser trascurata dallo scoliaste. La lacuna non appare ora dal papiro, ma la proposizione *Ubi.....* è in principio di linea.

Altra lacuna più considerevole trovasi fra il § 19 ed il § 20 degli scolii, e questa appare anche dal manoscritto. Il foglio comincia appunto col § 19 ¹⁾ ed è facile supporre che il precedente sia andato perduto. Infatti manca nel commento greco la definizione delle *impensae utiles*, il concetto delle *voluptariae*, il compenso per le *impensae utiles*, di cui trattava Ulpiano nell'opera originale in questo punto, come si vede dai fram. 5 § 3 e 7 D. 25-1. Negli scolii a noi pervenuti è rimasta la trattazione meno importante, la parte che riguarda il compenso per le spese voluttuarie. Queste osservazioni ci serviranno in seguito; per ora basta constatare che l'opera anche qui è pervenuta a noi fram-

1) Vedi la riproduzione di questo foglio nella Zeitschrift der S. S. II, pag. 233.

mentariamente, come già indicano le parole monche e illegibili che precedono lo scolio 20.

7. Del compenso delle spese voluttuarie si dice nello scolio 20: — τὰ μέντοι voluptaria οὐδὲ ἀπαιτεῖ οὐδὲ λογίζεται = voluptaria vero neque exigit neque computat (*scil. vir*).

Questo primo periodo riproduce quasi letteralmente il fr. 11 pr. D. XXV 1, che noi sappiamo con certezza che si trovava nell'opera originale di Ulpiano.

Lo scolio però continua: εἰ μὴ ἄρα ἐλοιτο ἡ γυνὴ ἔχειν αὐτά. εἰ δὲ οὐ βούλεται ἔχειν αὐτὰ ἡ γυνὴ, δίδεται τῷ ἀνδρὶ παρρησία τοῦ ἀφελέσθαι αὐτὰ μὴ βλάπτοντι τὴν ἀρχαίαν ὄψιν. In latino: nisi forte mulier eas habere praeferat; sin autem mulier eas habere nolit viro licentia datur eas auferre, dum pristinam speciem non laedat.

Questa seconda parte risponde invece al contenuto del fr. 9. Notevole innanzi tutto è lo spostamento che si osserva confrontando i frammenti dei Digesti con l'ordine che presenta in questo punto il commento greco. Se veramente nell'opera originale di Ulpiano si leggeva un intero contesto corrispondente al § 20 ora riferito, perchè mai i compilatori l'avrebbero smembrato formando due frammenti, ed invertendone l'ordine? I commissarii della massa Sabiniana procederono, è vero, con più libertà, come osservò il Bluhme¹⁾ nelle manipolazioni dei testi, ma noi sappiamo appunto che la loro attività si esplicò, al contrario, nel fondere, sistematicamente, in uno più brani estratti da un'opera, e non nel dividere un contesto in più frammenti; del resto poi, in qualunque operazione essi avevano uno scopo determinato che nel nostro caso non si saprebbe vedere.

Se esaminiamo pertanto i diversi periodi del § 20 acquisteremo piena convinzione della loro diversa origine, nel senso che non poterono essere scritti da uno stesso glosatore nè estratti da uno stesso contesto.

Nel primo periodo si afferma con due negazioni: οὐδέ-οὐδέ, che debbono pur avere un valore, che il marito non può esigere, nè computare le spese voluttuarie. Anche qui appare la parti-

1) Zeitschrift f. R. G. IV p. 257 e seg.

cella μέν-ται che ha forza avversativa e serve a mettere in contrapposto, con più energia del δέ o dello *autem* del testo latino, la massima che segue alla precedente; di modo che alla regola avanti enunciata, relativa al compenso per le spese utili, segue una eccezione generale ed assoluta per le spese voluttuarie.

Il secondo periodo, nel seguito del testo, vuol stabilire ancora una limitazione: εἰ μὴ ἄρα — nisi forte: nel senso che la donna se vuol ritenere per sé i miglioramenti fatti dal marito *voluptatis causa*, deve pagarne il valore, e se non vuol ritenerli, deve perlomeno permettere che il marito possa toglierli: *dum veterem speciem non laedat*. Ma questa appunto è la disposizione che troviamo nel fr. 9 dei Digesti, con la quale i compilatori, in base alla *Const. unica* § 5 (V-13), riformarono il diritto antico, concedendo al marito un compenso anche per le spese voluttuarie. La limitazione contenuta nel secondo periodo viene, in questo modo, a distruggere, e nella forma più radicale, il principio che era stato enunciato avanti con due negazioni, e dovette necessariamente essere aggiunta da altra mano. Su ciò non insisto oltre, perchè evidente.

Come il fr. 9 dei Digesti non si trovava e non poteva trovarsi nell'opera di Ulpiano, così pure nel commento greco, è evidente che lo scolio più antico si riferiva al fr. 11 pr. D. 25-1, e la seconda parte fu sovrapposta dopo allo strato primitivo da un'altro glosatore. I due periodi del § 20 hanno quindi una diversa origine, e non potrà mai ammettersi che derivino da un unico contesto.

VI

Confronto fra i §§ 18 e 20 degli scolii sinaitici ed i cap. III e IX Basil. XXVIII-10, corrispondenti ai fr. 3 § 1 e 9 D. XXV-1.

1. L'Alibrandi ¹⁾ aveva già sagacemente confrontato il contenuto degli scolii 13,20 con gli indici dei fr. 3 § 1 e 9 D. 25-1 tramandati dai Basilici. Il fr. 3 § 1 cit. è riportato al cap. III

¹⁾ o. c. p. 430, 432.

dei Basilici 28,10; il testo ha una lacuna in principio, e, col supplemento aggiunto da Fabroto in margine alla sua edizione e riferito in nota dal Heimbach, risulta così concepito: ¹⁾

[—εἰ μὲν πρὸς τὸν παρόντα ἐνιαυτὸν] φέρεται τὸ δαπανηθὲν, καὶ τοὺς καρποὺς τοῦ ἐνιαυτοῦ, ἀντιλογίζεται τοῖς καρποῖς ἢ δαπάνῃ. εἰ δὲ μὴ πρὸς τὸν παρόντα ἐνιαυτὸν, ἀλλὰ πρὸς διηνεκῇ χρησιμότητα φέρεται ἡ δαπάνη, ἀναγκαία ἐστὶ καὶ μειοῖ τὴν προῖκα. Nella traduzione latina: [Si quidem ad praesentem annum] pertineat id quod impensum est et ad fructus anni, impensa cum fructibus compensatur. si vero non ad annum praesentem sed ad perpetuam utilitatem pertineat impensa, necessaria est et minuit dotem.

L'indice greco coincide, nel complesso, perfettamente col testo dei digesti, ed attribuisce pure, come è naturale, la dottrina riportata ad Ulpiano. Tuttavia la traduzione greca contiene alcune varianti, e specialmente poi una aggiunzione che ha importanza non lieve. Nei digesti infatti la nota regola, per distinguere le *impensae necessariae* dalle spese occorrenti per la produzione, non è data con speciale riferimento alla dote ed ai frutti dotali, come fanno sempre i giureconsulti romani in questa materia e come avrebbe dovuto fare poi necessariamente Ulpiano se ne avesse trattato a quel posto, ma viene semplicemente esposta in maniera generale; anzi nel testo sono premesse le parole: *Nos generaliter definiemus*, e poi, in un senso assoluto, segue il principio: le spese fatte per la produzione dell'anno in corso vanno computate con i frutti; e quelle destinate ad opere di una utilità perpetua o, perlomeno, duratura debbono ritenersi come *necessariae in rem*. Invece nei Basilici la regola è riferita espressamente alla dottrina della dote, e come per le spese pei frutti si dice che vanno dedotte dal prodotto lordo dell'anno, così pure per le necessarie si fa menzione degli effetti giuridici che ne seguono, in quanto, com'è noto, portano una diminuzione della dote; il testo greco quindi conclude con le parole: καὶ μειοῖ τὴν προῖκα. L'autore dell'indice riuscì in questo modo a supplire alla deficienza che presenta anche per questo riguardo il testo dei Dige-

1) Heimbach vol. III p. 296.

sti, e per via di quell'aggiunta, la redazione greca, veniva a trovarsi in più stretta connessione con gli altri frammenti radunati sotto il titolo *de impensis in res dotales factis*.

Passando ora a considerare i frammenti Sinaitici, noi troviamo nel § 18 riprodotta la variante che si legge nei Basilici, e che potrebbe anche, per le cose dette, essere valutata come una correzione. Nei nostri scolii anzi la regola che serve a differenziare le varie categorie di spese appare connessa con la dottrina della dote in un modo più diretto che non sia nel passo dei Basilici. Lo scoliaste infatti nell'enunciare quella norma pone come soggetto attivo il marito (*ὁ ἀνὴρ*), che nel caso di spese pei frutti *οὐ μὴν ποιεῖ τὴν retentionem* = *nec facit retentionem*; laddove le spese necessarie hanno effetto immediato sulla dote *καὶ μειοῖ τὴν προίκα* = *et minuunt dotem*. Dunque in un punto abbastanza importante la esposizione che troviamo negli scolii Sinaitici si distacca dal testo dei Digesti e coincide perfettamente con l'indice dei Basilici; le ultime parole: *μειοῖ τὴν προίκα* sono nei due testi identiche.

L'Alibrandi,¹⁾ che osservò la coincidenza, domandava: come si spiega questo fatto? " Forse i greci traduttori delle pandette seguivano talvolta gli originali antichi, ovvero per agevolare la fatica della versione si servirono dei lavori fatti dai loro connazionali anteriori a Giustiniano sopra gli antichi giureconsulti? „ Io non saprei contraddire in sè stessa la congettura dell'Alibrandi ora riferita; poichè, come emergerà anche chiaro dalle prove addotte in seguito in questo lavoro, è un fatto ormai accertato che i coevi di Giustiniano seguirono nelle loro traduzioni quel sistema: ma però nel caso speciale che qui ci occupa si deve dare altra spiegazione; per ora basta notare la coincidenza abbastanza significativa delle due redazioni greche.

2. Il fr. 9 dei digesti è riportato nel cap. IX dei Basilici nei seguenti termini:

Ἐπιλογὴν ἔχει ἡ γυνή, ἡ δοῦναι πὴν διὰ τέρψιν γενομένην δαπάνην, ἢ συγχωρῆσαι τῷ ἀνδρὶ περιελεῖν τὸ γεγονὸς, εἴγε δύναται περιαιρεθῆναι καὶ μέλλει ἔχειν αὐτὸ, ἐπεὶ οὐ περιαιρεῖ αὐτό. Reso

¹⁾ O. c. p. 431.

in latino: Electionem mulier habet, utrum reddat impensas voluptatis causa factas an patiatur maritum tollere quod factum est, si quidem tolli possit et (maritus) id habiturus sit, alioquin id non tollit.

Il confronto dell'indice con il testo corrispondente degli scolii Sinaitici non offre qui materia a particolari osservazioni; ma tuttavia si nota fra le due traduzioni un intimo rapporto specialmente in un punto. Mentre nel testo dei digesti è espresso solo implicitamente il concetto che la donna ha per le spese voluttuarie il diritto di scelta, l'autore dell'indice ed il nostro scoliaste esprimono ciò più chiaramente, ¹⁾ ed entrambi lo mettono in evidenza nella prima proposizione: Bas.: 'Επιλογὴν ἔχει ἡ γυνή Sin.: εἰ.... ἐλοιτο ἡ γυνὴ ἔχειν αὐτά.

Più interessante ancora sotto tutti i rapporti sarebbe in questo luogo l'esame dello scolio 1, applicato al cap. 11 dei Basilici 28, 10, ²⁾, che deriva dall'indice dei digesti dell'Anonimo; ma siccome dello stesso debbo occuparmi in seguito per uno speciale confronto con il § 20 dei frammenti Sinaitici, rimando il lettore a quella trattazione nel capitolo IX.

Ma già dalle osservazioni fatte finora abbiamo ricavato che delle dottrine in esame noi possediamo tre redazioni, uniformi nel complesso, ma divergenti in alcuni particolari. Or se non può mettersi in dubbio che le tre fonti stanno fra loro in un rapporto di parentela, è poi sicuro che i §§ dei frammenti Sinaitici e gl'indici tramandatici dai Basilici, se coincidono anche in quei particolari che non hanno riscontro nei passi dei digesti, debbono, per quanto riguarda i punti esaminati, trovarsi stretti fra loro da un vincolo più intimo; o l'una redazione deriva dall'altra o entrambe ebbero a base uno stesso esemplare.

Passo ad esaminare questi rapporti nel capitolo che segue.

1) Confr. Alibrandi, o. c. p. 432.

2) Heimbach III p. 298.

VII

Crigine dei §§ 18 e 20 degli scolii, annoverati
nella IV massa, dai fr. 3 § 1 e 9 de impensis dei Digesti.

1. La critica largamente compiuta, nei capitoli precedenti, sui varii testi che hanno relazione con i nostri scolii 18 e 20, ci ha messo nella possibilità di potere determinare con più fondamento, e senza preoccupazioni o preconcezioni sulla genuinità o precedenza di una delle fonti, l'origine delle dottrine che vi troviamo esposte, e stabilire quindi quali rapporti di derivazione esistono fra le varie fonti finora esaminate.

Perchè la dimostrazione su questo riguardo riesca esauriente, bisogna cominciare dal porre in campo tre ipotesi che racchiudano in generale tutte le possibilità e sottoporle ad uno speciale esame.

Dalle notizie che ricaviamo dai testi, primo espositore di quelle dottrine appare Ulpiano; le varie redazioni a noi pervenute potrebbero quindi derivare dall'opera di Ulpiano *ad Sabinum*.

In secondo luogo è pure ammissibile l'ipotesi che i frammenti 3 § 1 e 9 dei Digesti, e di conseguenza gl'indici corrispondenti tramandati dai Basilici, derivino, in un modo qualunque, dai frammenti Sinaitici.

Ed infine non deve escludersi quest'altra possibilità: i fr. dei digesti, più volte ricordati, poterono essere scritti *ab initio* dai commissarii di Giustiniano ed allora le traduzioni greche sarebbero state eseguite direttamente sull'esemplare offerto dai Digesti.

2. In quanto alla 1^a ipotesi sappiamo omai che deve essere immediatamente scartata; dacchè l'esame dei fr. 3 § 1 e 9 cit., fatto nel capitolo IV, ci mise in grado di potere escludere in modo assoluto la derivazione di quei testi dal l. XXXVI di Ulpiano *ad Sabinum*. Ulpiano certamente non scrisse quei periodi in quel dato luogo, ove anzi aveva trattato diversamente quei punti di diritto; il contenuto poi e la forma dei due fr. risponde per ogni verso, come spero d'aver dimostrato, alla attività dei

commissarii di Giustiniano. Nè, tolta di mezzo questa ipotesi, si può ricorrere ad altre congetture per affermare, in un modo qualunque, l'origine classica dei frammenti in discorso, dacchè qualsiasi tentativo in questo senso non potrebbe nemmeno meritare l'onore della discussione.

3. Derivano dunque i fr. 3 § 1 e 9 dagli scolii Sinaitici? Naturalmente questa proposizione non deve intendersi in un modo gretto, letteralmente, ma nel senso più lato di una derivazione anche mediata, da altro manoscritto padre o collaterale al nostro. Quel che importa al postutto è di sapere se quelle dottrine, riportate dalle varie fonti a noi note, provengano dalla letteratura giuridica orientale. Senza dubbio, ciò sarebbe perfettamente possibile. I compilatori utilizzarono, come è espressamente attestato, gl'insegnamenti delle scuole orientali in singoli punti; e specialmente poi si giovarono dei commentarii elaborati sulle opere dei giureconsulti romani dai celebri antecessori berites, come riferiscono, per singoli casi, gli stessi scrittori greci coevi a Giustiniano, nei loro lavori sulle parti della compilazione ¹⁾

Ma per le dottrine che formano obbietto del nostro esame e che sono riportate dagli scolii Sinaitici non possiamo ammettere una tale origine. Noi sappiamo assai poco della produzione scientifica di quelle scuole, ²⁾ ed in proposito nulla affatto. Accettando quindi una simile ipotesi ci trarremmo facilmente d'imbarazzo, come sempre che si metta in campo una congettura del resto inconstabile. Ma a parte queste considerazioni io trovo due argomenti decisivi negli stessi scolii greci, e su di essi mi fermo per escludere in modo assoluto questa seconda possibilità.

Il testo commentato dallo scoliaste era latino; egli cita le prime parole: *Nos generaliter*, con le quali appunto comincia il fr. 3 § 1 cit. dei digesti; se il glosatore parafrasava un testo latino vuol dire che il suo esemplare non era un commento derivato dalle scuole orientali; la produzione di queste scuole per

1) Confr. i testi raccolti dal Huschke, *Iurisprudentia* p. 682 e seg.; Mortreuil, *Histoire du droit Byzantin* etc. vol. I p. 259; Heimbach *Proleg. Basil.* pag. 9 e note 10-17, pag. 11 e note 50-67.

2) Conf. Bruns, *Das Syrisch-römisches Rechtsbuch* pag. 327.

quanto ne sappiamo era redatta in lingua greca; ¹⁾ anche dei testi latini erano fatti κατὰ πόδας. Nè so se altri mai ha preteso che i maestri di Berito, in particolare Cirillo e gl'interpreti dei Codices antichi, avessero scritto in latino i loro commentarii. Certo l'asserzione del Huschke ²⁾ in questo senso non ha valore.

Più grave ancora è l'altro argomento. Il traduttore greco attribuisce il criterio distintivo delle *impensae necessariae* e delle spese pei frutti ad Ulpiano; e certo dobbiamo supporre che egli traesse questa notizia dal suo esemplare; tanto più poi se si considera che la stessa indicazione è data dalle altre fonti, ed in particolare è confermata dalla iscrizione che porta il fr. 3 § 1 nei Digesti. Or se noi ci trovassimo di fronte ad un prodotto della scuola orientale, lo scoliaste non avrebbe attribuita di sicuro quella dottrina ad Ulpiano con tanto compiacimento: ὁρᾷς, πῶς καὶ Ulp. καλονίζεαι ἡμῖν. Chi non voglia quindi sgambettare per il regno delle fantasie, è obbligato a prestar fede ai testi, fino a che non sia data una prova evidente in contrario. Ma se lo scrittore ci manifesta che egli leggeva nel suo esemplare il nome di Ulpiano, a me pare che questo indizio è decisivo per escludere pure l'origine degli scolii 18 e 20, e delle altre redazioni ritenute finora pesteriori, dalle scuole d'Oriente.

4. Ci troviamo quindi di fronte alla terza ed ultima ipotesi, con la quale si pretende rivendicare ai fr. 3 § 1. e 9 dei digesti la precedenza sulle altre redazioni greche, le quali sarebbero semplicemente derivate dalla compilazione giustiniana. Sul riguardo noi sappiamo, per le cose dette nel capitolo IV, che il contenuto dei fr. citati risponde ottimamente ed in ogni senso alle idee dei compilatori, tanto che non esitai a dichiarare quei testi come un prodotto di Triboniano. Nè può far senso che nelle iscrizioni dei frammenti citati si legge il nome di Ulpiano. Certo è che nella letteratura giuridica romana, nelle raccolte di Costituzioni dell'ultimo periodo, non troviamo alcun cenno dell'istituto dello *ius tollendi*, e tampoco di una regola generale per distinguere le spese necessarie dalle spese pei frutti. Si sa poi

1) Krüger, Geschichte pag. 348 n. 13.

2) Iurisprudentia p. 861, 862,

che lo attribuire a giureconsulti romani idee o teorie, che non trovavano riscontro nelle opere antiche è cosa normale nella compilazione, ed era conforme al metodo tenuto dai commissarii nella formazione dei Digesti. Una nuova dottrina, una decisione o regola opposta a quella riferita dagli antichi giuristi, veniva sostituita o intercalata nei luoghi opportuni; ma si attribuiva del resto all'autore del frammento vicino che ne avea pòrto occasione. Il fr. 3 cit., estratto dal l. 36 di Ulpiano a Sabino, trattava, come il fr. 1 dello stesso titolo, delle spese necessarie; ma arrivati in quel punto i compilatori vi aggiunsero in modo generale, una regola per differenziare quelle spese dalle altre per i frutti e rendere così il titolo più completo. Così pure pel fr. 9. In esso fu applicata e sviluppata la riforma legislativa introdotta da Giustiniano nella *Const. unica* § 5 dell'anno 530, con la quale si abolivano le *retentiones propter impensas*, e se ne regolava diversamente il compenso. Or siccome il fr. 11 pr. h. t., nell'opera di Ulpiano, negava ogni considerazione delle spese voluttuarie, anche se fatte *voluntate mulieris*, così dovette apparire necessario ai compilatori il far menzione nei Digesti delle nuove disposizioni che abolivano il diritto antico, e formarono il fr. 9.¹⁾ La disposizione di

1) Agli esempi da me notati altra volta, in questo Bull. VIII pag. 273 e seg., si possono aggiungere ora anche questi altri frammenti, per potere serenamente apprezzare l'importanza che i compilatori intendevano attribuire alle *inscriptiones* premesse ai testi del digesto. Si voleva rendere un omaggio ai giureconsulti col tramandarne i nomi ai posteri, anche per questo mezzo più diretto ed efficace. Giustiniano stesso lo dichiara nella *Const. Tanta* e ΔΕΔΩΚΕΝ § 10. I nomi dei giureconsulti servivano soltanto di decorazione all'opera, e quindi le iscrizioni non offrono assoluta garanzia che il contenuto sia stato tratto dall'opera citata; le dichiarazioni di Giustiniano sono anche per questo riguardo candide: *nomimbus etenim veteribus relictis, quidquid legum veritati decorum et necessarium fuerat, hoc nostris emendationibus servavimus*. Ne segue, che non rare volte occorrono nei digesti iscrizioni mentite, e ciò nel senso esposto nel testo, e di frequente anche per le stesse ragioni. La iscrizione, allora, serve come manto dorato per coprire il contrabbando. Tale sistema è sembrato incredibile ad alcuni interpreti, perchè eccessivo; così ad es. Eckhardus [*Disputationes, Disp. V, de inscriptionibus et subscr. legum etc.* § 215] esclude in modo assoluto, che Triboniano « *mentito alicuius iureconsulti nomine, integrum caput supposuisse* ». Ma i nostri sentimenti non mutano la storia, ed un fatto, per quanto strano, rimane sempre un fatto, a dispetto delle nostre impressioni. Bene osservò, invece, il sommo Cuiacio queste geniali risorse dei compilatori, e cura avvertirlo nell'introduzione ai *Paratitla in libros 50 digest.*, con la solita forma lucidamente efficace. « *Iustinianus..... commutatis saepe contortisque veterum iuris auctorum scriptis, quorum tamen nomina ubique praetendit, et ea quidem nonnunquam SOLA, licet ex eorum*

questo frammento, come si è detto a suo luogo, porta chiaramente l'impronta della origine legislativa.

I due testi inseriti dai compilatori furono poi accolti nel commentario greco dei libri di Ulpiano a Sabino ed intercalati nei luoghi opportuni in un lavoro di revisione, compiuto, forse da un docente, dopo la pubblicazione dei Digesti.

5. Perlomeno così si spiegano agevolmente tutte le anomalie che abbiamo osservate nei due scolii Sinaitici. Le parole *Nos generaliter* rispondono a quelle contenute nel fr. 3 § 1 dei Digesti. Lo scoliaste riporta come autore Ulpiano, e questa indicazione coincide perfettamente con la *inscriptio* segnata nel frammento corrispondente dei Digesti. Ma d'altra parte nei frammenti Sinaitici manca in questo punto qualunque altra designazione, riguardo all'opera da dove sarebbero stati estratti i frammenti, a tacere poi delle altre sottoindicazioni, quali il titolo, il foglio, che sogliono essere notate dagli scoliasti. È vero che la citazione così nuda del solo nome del giureconsulto, può apparire irrego-

mente sermoneve subsequatur NIHIL. Così anche il Contio [L. 1 *lection subsec.* cap. IX], sullo stesso proposito, paragona, con fine ironia, la *reverentia* sentita dai compilatori per i giureconsulti « *ac si Iustinianeae statuæ I. Caesaris caput pictor quis, aut statuarius adjungat* ». Veramente la storia dell'arte nel medio evo registra omai, a conforto di Giustiniano e dei suoi ministri, più che esempi parecchi di questo genere! Del resto, riguardo alla compilazione il procedere dei compilatori dà luogo ad altra osservazione. Dal confronto della *Const. Deo auctore* col linguaggio adoperato poi da Giustiniano nella *Const. Tanta cit.* sembra che non fosse stato nel piano primitivo dell'opera di notare le iscrizioni, ma ciò fu pensato dopo, nel corso del lavoro, semplicemente per decorare il monumento. Il Buonamici, intanto, osserva, a proposito di questa congettura, messa innanzi del resto da altri scrittori [confr. Bull. cit. pag. 283 n. 2] che « *all'accennato supposto, se esso non si riferisce ad un tempo troppo oscuro anteriore ad ogni notizia, sono evidentemente contrari i passi relativi delle costituzioni di Giustiniano.* » [Archivio Giuridico Filippo Serafini vol. 1 p. 44, n. 3] Veramente ciò non mi pare: anzi io ricavo ora dallo stesso scritto del Professore Buonamici, che ha in questa materia speciale autorità, la prova migliore della legittimità di quel supposto. Infatti scrive il Buonamici [l. c. p. 40] « *Nessun cenno di tali iscrizioni è stato fatto da Giustiniano nelle sue costituzioni della prima serie. Le quali non si occupano affatto delle iscrizioni fra gli ordini divisati per i Commissari. Come accadde dell'Indice, anzi in seguito all'Indice, probabilmente i Commissari stessi si accorsero della convenienza d'indicare i nomi degli autori e i titoli dei libri dai quali avevano estratto il passo che portavano alla massa comune.* » Io, naturalmente, sottoscrivo pienamente questa spiegazione, perchè, se le espressioni da me adoperate non tradirono il mio pensiero, volli dire appunto questo; nè pretesi determinare, in un modo qualunque, il momento preciso in cui commissari si accorsero della convenienza d'indicare i nomi degli autori, chè questo non era nelle mie forze.

lare in qualunque modo si voglia spiegare; dacchè gli stessi contemporanei di Giustiniano, come Dorotheo, Taleleo, Stefano nel riferirsi ad un testo dei digesti sogliono di regola indicare la fonte dettagliatamente notando il libro, il titolo con i numeri.¹⁾ Ma ad ogni modo, senza perderci in congetture per spiegare l'anomalia, che potrebbe derivare da varie cause, sia perchè il commento omai non era più destinato al pubblico, sia perchè trattandosi della materia di *impensae* fatte su cose dotali era facile a chiunque rinvenire il titolo corrispondente dei Digesti, è poi certo che un commentatore del V secolo non avrebbe citato Ulpiano senz'altra indicazione.

Tanto meno poi avrebbe potuto farlo lo scoliaste più antico, che, commentando l'opera di Ulpiano a Sabino, non cita altra volta il suo esemplare. Chi inserì nel commento Sinaitico il § 18 non conosceva o certamente non riflettè che il § 17, che precede, era appunto estratto dal l. XXXVI di Ulpiano a Sabino. Su questo argomento insisto, perchè dà prova irrefutabile per lo meno di ciò, che lo scrittore dello scolio 18 è ben diverso dall'autore dello scolio 17.

Infine è pure notevole la omissione dell'articolo "ὁ", innanzi al nome Ulpiano, che come avvertii è sempre premesso ai nomi dei giureconsulti romani, come era normale presso i Greci scrittori.²⁾

6. Altre osservazioni riguardano il contenuto. I due scolii 18 e 20, come notai nel cap. III, hanno un carattere tutto proprio e singolare nel commento. Essi non contengono delle *paragraphae*, cioè annotazioni con richiami e confronti, nemmeno un *indice*, cioè un riassunto conciso e vibrato del contenuto dei testi con parole proprie, ma presentano addirittura una *parafrasi* dei due fr. corrispondenti dei Digesti. Perciò, mentre in tutti gli altri scolii non sorprendiamo mai un intero periodo che risponda al testo dei Digesti, in questo punto il commento greco offre una riproduzione larga dei frammenti che si leggono nel l.

1) Conf. Heimbach, Proleg. p. 7, p. 21.

2) Nell'indice ai Digesti di Stefano si omette l'articolo in pochi casi: v. Ferrini, Bull. I. D. R. vol. III p. 62. Anche ai nomi dei giureconsulti Greci va premesso di solito l'articolo, eccetto per l'Anonimo: confr. Heimbach, Proleg. p. 15.

XXV tit. 1; tanto che lo Zachariä ¹⁾ e l' Alibrandi ²⁾ si fondarono *principalmente* su questo riscontro, per affermare che gli scolii Sinaitici contengono un commento ai libri di Ulpiano a Sabino, e specialmente ai libri 36 e 37.

7. Nel § 18 del commento greco si rinvencono alcuni esempi, con i quali lo scrittore vuole illustrare il concetto delle spese necessarie *in rem* avanti enunciato. A questo proposito il parafraste cita: μῶλο[ς ἡ] ἀρτοκοπεῖον ἢ τὸ φυτεῦσαι cioè: *moles vel pistrinum vel plantatio*. Sono questi i soli esempi che noi troviamo in tutto il commento: ma è notevole che essi danno luogo a parecchie osservazioni. Innanzi tutto coincidono perfettamente con i casi di spese necessarie che sono enumerati nel fr. 1 § 3 e 3 pr. D. XXV-I.

Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas. sed et si pistrinum vel horreum *necessario* factum sit.... aut si oliveta reiecta *restauraverit*..... vel si vites propagaverit vel arbores *curaverit* vel *seminaria* pro utilitate agri fecerit, necessarias impensas fecisse videbitur.

Quest'ultima proposizione corrisponde pure all'altra che nello scolio 18 segue immediatamente gli esempi: ταῦτα necessaria ἐστί. Cosicché la coincidenza fra i due testi non può essere più evidente; gli esempi si succedono nello stesso ordine, soltanto il parafraste espresse con la sola parola τὸ φυτεῦσαι i diversi casi di *plantatio* che sono mentovati nel testo latino. Che cosa bisogna dedurre da questo fatto? Ricavò lo scrittore quegli esempi dall'opera originale di Ulpiano a Sabino, dalla quale furono estratti i fr. 1 e 3 cit., ovvero immediatamente dai Digesti? Per noi la scelta fra queste due ipotesi non può esser dubbia. Siccome il fr. 3 § 1, che corrisponde al contenuto del § 18 degli scolii Sinaitici, non si trovava nel commento ulpiano, dobbiamo accettare la conseguenza necessaria della premessa, e dire che il greco scrittore avea come esemplare in questo punto il libro XXV tit. 1 dei Digesti.

¹⁾ Monatsberichte cit. pag. 623.

²⁾ O. C. pag. 428.

Nè ciò basta. Agli esempi addotti Ulpiano aggiunge un elemento qualificativo di capitale importanza. Tutte quelle opere, per essere computate fra le spese necessarie, debbono essere richieste da un vero bisogno, per assicurare il regolare funzionamento di quelle cose nel patrimonio di una persona; Ulpiano esprime e ripete questo requisito con la parola *necessario*, e con le altre: *quod habere mulieri utile erat*: poichè, diversamente, se il *pistrinum* o la *plantatio* non sono fatti in quelle determinate condizioni, le spese impiegate in tali opere non sono annoverate fra le necessarie. Infatti Paolo, pure nel commento a Sabino, nel l. VII indica come spese utili:

veluti si *novelletum* in fundo factum sit, aut si in domo *pistrinum*¹⁾ e nel l. VI del commento a Plauzio troviamo fra le spese utili menzionato il *pistrinum*²⁾. Come poté dunque il nostro parafraste omettere³⁾ quest'importante elemento, che non è mai trascurato dai traduttori greci, negli indici che ci furono conservati nei Basilici, ⁴⁾ che ad ogni esempio ripetono la parola ἀναγκαῖον? Gli stessi esempi presentano quindi un lato difettoso; e di fronte alle formulazioni precise e smaglianti che ci offre il commento greco, nella parte da me attribuita all'antico scoliaste, la manchevolezza del § 18 appare più notevole; essa prova che lo scrittore appartiene ad un'epoca di decadenza e che non ha completa padronanza della materia, se, anco avendo innanzi agli occhi un esemplare, non sa rendere i concetti con esattezza. Nè io saprei ripetere con l'Alibrandi,⁵⁾ che lo scoliaste seppe raggruppare molto abilmente gli esempi fatti da Ulpiano, chè piuttosto, secondo me, li trascrisse senza ponderazione.

1) fr. 6 D. 25-1 e cap. 6, 28, 10 Basilici.

2) fr. 79 § 1, D. 50. 16.

3) Il Huschke, *Iurisprudentia* pag. 824 intromette nel testo greco questo elemento e legge nel codice ἀνάγκης invece di διανεχῆ; in sostegno richiama nella nota 2 il fr. 1 § 3 D. h. t. Ma quest'ultima lezione, seguita da tutti gli altri editori, non solo risponde meglio al manoscritto, ma, e ciò nella specie importa molto, anche all'esemplare latino: ad *perpetuam* utilitatem, e trova inoltre riscontro nello indice dei Basilici, ove si legge appunto la parola διανεχῆ.

4) Confr. cap. 1, 28, 10 Basilici.

5) O. c. pag. 430.

8. Dal confronto dei nostri scolii cogli'indici corrispondenti dei Basilici, fatto nel cap. VI, abbiamo rilevato, che in alcune particolarità di non lieve importanza il testo sinaitico coincide piuttosto con la traduzione greca e non con i passi latini dei Digesti. Io non ammetto, in questo punto, che l'autore dell'indice avesse ricavata quella traduzione, come inclina a ritenere l'Alibrandi, ¹⁾ da un *κατὰ πύδας* pregiustiniano fatto al commento di Ulpiano a Sabino. Se i due frammenti 3 § 1 e 9 furono formati dai compilatori, come si è dimostrato, la congettura dell'Alibrandi risulta impossibile. Bisogna quindi trovare altra spiegazione. Ammesso come sicuro il legame intimo che corre fra le due redazioni greche, non possiamo sottrarci dal riconoscere fra le medesime un rapporto di derivazione. Si può discutere soltanto se l'autore degli indici accolti nei Basilici abbia avuto sott'occhio i nostri frammenti sinaitici, o viceversa il redattore degli scolii 18 e 20 si sia servito di quegli indici. Per determinare la precedenza dell'una o dell'altra redazione non si può mettere in conto la circostanza, che nello scolio 18 troviamo conservati i termini latini con flessione greca [*compensateuετα, retentiona, necessaria*], per dire che i nostri scolii furono scritti in un tempo anteriore a gl'indici riportati dai Basilici; poichè, com'è noto, nell'età giustiniana era uso di conservare nelle traduzioni greche i termini tecnici latini che venivano trascritti immutati, o riportati, come nel nostro caso, con flessione greca; solo dopo Giustiniano si cominciò a formare una lingua tecnico-giuridica greca che ebbe poi complemento e recezione nei Basilici. ²⁾ Ma appunto per questo nei Basilici le parole latine furono sostituite da termini greci; ed è poi risaputo che anche in questa compilazione si hanno interpolazioni in vario senso: ³⁾ Tutto considerato, quindi, nessun indizio abbiamo per risolvere con sicurezza la questione. Dagli elementi però, innanzi rilevati, si può affermare come certo questo: che lo scrittore dei §§ 18 e

1) O. C. pag. 430, 432.

2) Confr. Heimbach, Proleg. p. 20 n. 3 e seg.

3) Mortreuil, o. c. p. 260, Zachariä, Jahrbücher für Deutsche R. W. vol. XVI pag. 819 e seg.; Heimbach, Proleg. pag. 124, 155, 206.

20 degli scolii sinaitici ebbe come esemplare il tit. 1 del l. XXV dei Digesti; ma non si può del resto escludere che avesse avuto dinanzi anche una traduzione greca di quei testi, e che l'avesse utilizzata in singoli punti.

9. I modi di dire, i termini tante volte adoperati dai compilatori giustinianeî nella formazione di nuove leggi o nelle riforme degli antichi testi erano al certo familiari al redattore dei § 18 e 20 degli scolii sinaitici. Lo stile ed il vocabolario è in essi per così dire giustiniano. In proposito basta per tutta prova tradurre alla lettera il § 20, che è di questo tenore:

nisi forte mulier eas habere praeferat. sin autem mulier eas habere non vult, viro licentia datur eas auferre, dum veterem speciem non laedat.

Si confronti questo testo, per la forma e per i concetti, con questi altri usciti dalla penna dei commissari di Giustiniano:

Const. unica § 5 Cod. V. 13 — *Quodsi voluptariae sint licet voluntate eius expensae deductio operis quod fecit sine laesione tamen prioris speciei marito relinquatur.*

fr. 38 D. VII — *Constituimus vero ut si paratus est dominus tantum dare quantum habiturus est possessor his rebus ablatis fiat ei potestas.*

fr. 10 § 10 D. XVII, 1 — *permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat, nisi rationem sumptus istius dominus admittit.*

fr. 3 § 4 D. XV-3 — *pati debet dominus creditorem haec auferre sine domus sui videlicet iniuria.*

fr. 27 § 5 D. VI-I — *nisi tamen paratus sit petitor pati tollere cum aedificium.*

fr. 37 D. VII — *sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit.*

Letti questi passi si ha l'impressione come se il commento sinaitico fosse caduto nelle mani di Teofilo o Doroteo, e che uno di quei maestri ne avesse curata una revisione. Certo tali indizii e tante coincidenze non si trovano negli altri scolii. E se non si vuole attribuire tutto al caso, se i confronti si offrono a dovizia in ogni senso, se la spiegazione di tante anomalie scorre piana e sempre documentata, la ragione è ben quella, che l'opinione qui sostenuta è conforme alla verità.

VIII

I divieti di Giustiniano e la letteratura giuridica
sulle parti della compilazione

1. Per quanto la dimostrazione data nei capitoli precedenti sull'origine dei nostri due paragrafi possa apparire limpida, e necessaria la conclusione, contro di essa insorge un ostacolo apparentemente assai grave. Il lettore già conosce che io penso ai divieti stabiliti da Giustiniano, il quale in modo assoluto ed energico aveva vietato¹⁾ la produzione giuridica che non avesse il carattere di semplici traduzioni letterali (*κατὰ πόδας*), brevi riassunti dei testi (*ὑδixες*), sunti di titoli premessi come confronto (*παράτιτλα*).²⁾

I divieti si riferivano anzitutto al contenuto dei Digesti, ma secondo la mente dell'Imperatore doveano certamente aver valore per tutte le altre parti della compilazione.³⁾ Innanzi tempo, cioè nel 529, Giustiniano aveva sul proposito manifestato il suo concetto, affermando: *tam conditor quam interpret legum solus imperator iuste existimabitur*.⁴⁾ In questi intendimenti perseverò Giustiniano sempre. Non volle che si confrontasse il testo delle sue leggi con gli esemplari antichi, dai quali quello era tratto.⁵⁾ Proibì tutti gli altri generi di commenti o interpretazioni che non fossero della natura dei sopra mentovati. In caso di trasgressione minacciava gli autori con la pena dei falsarii, la confisca e la distruzione del libro.⁶⁾ Stando così le cose, alla mia dimostrazione si potrebbe opporre, che nessuno omai poteva avere interesse a resuscitare commenti antichi fatti alle opere dei giu-

1) Confr. Const. Tanta § 21, Const. *Δέδωκεν* § 21, Const. Deo auctore § 12, Const. Summa reipublicae § 3.

2) Per il significato di questi termini v. Zachariä, Kritische Jahrbücher f. D. R. W. XVI p. 796 e seg.; Heinbach, Proleg. p. 6;

3) Confr. Heinbach, Proleg. p. 3; v. pure Krüger Geschichte p. 360.

4) Const. 12 § 1 Cod. 1, 14.

5) Const. Tanta § 10.

6) Conf. anche Const. Tanta § 19. I divieti di Giustiniano furono giustificati dall'Eineccio vol. III, pag. 17 e seg. Sylloge III, ma in maniera soltanto erudita; considerazioni più ponderate v. in Savigny, Sistema (trad. Scialoja) vol. I pag. 176.

reconsulti romani, dato che gli stessi non avevano più nessun valore ed autorità nei tribunali, e non potevano essere adoperati nella scuola.

Ma la risposta è facile, e si potrebbe in un modo crudo e vibrato formulare anzitutto in questi termini: Chi crede seriamente all'efficacia dei divieti di Giustiniano? Se gli scrittori sono tutti d'accordo ¹⁾ nell'affermare che i divieti dello Imperatore furono ben tosto violati, lui regnante, dagli stessi redattori delle Costituzioni, perchè dovrebbe apparire inverosimile il risultato che abbiamo ricavato dal presente studio? Se i divieti di Giustiniano restarono, come si riconosce, lettera morta, e non potevano per se stessi essere osservati; da' questo lato, logicamente, non dovrebbe insorgere nessun ostacolo. Ma tuttavia io so bene che questo sistema di argomentazione, per quanto stringente possa essere, non ha la forza di rimuovere un preconconcetto. Anche la scienza ha i suoi pregiudizi, e ne ha pure la storia. Alcuni pregiudizii sono anzi legittimi, in quanto ostacolano l'accoglimento d'un fatto per quanto logico, fino a che non viene dimostrato come sicuro in tutte le sue particolarità; fino a che la contraddizione apparente che può derivare da un documento qualunque, per quanto poco autorevole, non sia rimossa. E questo è proprio il nostro caso. Quantunque si riconosca, come una verità omai indiscutibile, che le prescrizioni di Giustiniano, per questo riguardo, non ebbero alcun effetto, tuttavia si afferma, con pari sicurezza, come per esempio fa il Krüger, ²⁾ che la compilazione venne a spezzare ogni rapporto con lo stato del diritto anteriore, e che gli stessi Antecessori non ebbero più a metter le mani nei commentarii antichi. Le autorità più cospicue della nostra materia rendono omaggio a questo concetto. Lo Zachariä nei suoi studii sulle fonti greco-romane è dominato le tante volte da queste preoccupazioni. E come il Krüger ³⁾ così anche il Momm-

1) Confr. Zachariä *Iahrbücher für Deutsche R. W.* cit. vol. 16 p. 798; Heimbach *Proleg.* Basil. p. 7, 30, 33, 73, 74; Mortreuil-Histoire du droit Byzantin etc. vol. I p. 98, p. 116; Krüger-Geschichte p. 360; Ferrini *Storia* p. 139; Kipp *Quellen Kunde* p. 117.

2) *Geschichte* pag. 360.

3) Per es. riguardo ai fr. Sinaitici v. *Geschichte* pag. 320.

sen ¹⁾ nel determinare l'epoca della redazione di uno scritto, tratto da opere di giureconsulti romani, in forza dei divieti giustinianeî, si vede sempre costretto ad attribuirlo ad un periodo di tempo anteriore alla compilazione.

Ogni affermazione contraria deve essere quindi dimostrata. E siccome poi la tesi che io sostengo, cioè che la tradizione scientifica continuò ininterrotta dopo la compilazione, specialmente nelle scuole, e che i commenti alle opere dei giureconsulti romani furono utilizzati anche dopo il 534, non è stata posta da alcuno, con l'intendimento da me seguito, è prezzo dell'opera riunire i principali documenti che attestano tale tradizione, usufruendo delle osservazioni fatte da insigni maestri sulle fonti greco-romane.

Nota soltanto che la produzione giuridica dei coevi a Giustiniano, se è conforme alle prescrizioni dell'Imperatore, dal lato esteriore e per i titoli delle opere, non lo è per il contenuto. Gli *Indices* sono in sostanza assai spesso delle traduzioni libere con illustrazioni del testo, alle quali sono di frequente aggiunte note esegetiche, critiche, dommatiche, in una parola dei veri commentarii [*παράγραφαί*]. ²⁾ In essi si rinvengono riferimenti allo stato del diritto anteriore, ed alla forma degli scritti genuini dei giureconsulti romani: così per es. nell'Indice di Doroteo. Nel commento al Codice poi Taleleo nota anche le riforme introdotte da Giustiniano al testo antico delle costituzioni. E la parafrasi greca delle Istituzioni imperiali viola completamente gli ordini di Giustiniano. ³⁾

Nè questo è tutto. Ma questi stessi commentarii greci ai singoli volumi della compilazione, fatti da Teofilo, Doroteo, Taleleo, Stefano si sostituirono ben presto, anche nella pratica, al testo originale, sia perchè l'opera di Giustiniano era poco adatta alla

¹⁾ Per es. nei Monatsberichte der Königl. Akad. der Wiss. zu Berlin, 1879 pag. 501, riguardo ai fr. *de iudiciis*; veggia il lettore qual'è l'argomento decisivo del Mommsen! Lo Zachariä inoltre (Zeitschrift für R. G. Vol. X pag. 60) nega che Anatolio, autore d'una *summa* del Codice, sia l'antecessore beritese e collaboratore nella formazione dei Digesti, e ciò perchè nella *summa* non sono osservate le prescrizioni di Giustiniano!

²⁾ Confr. Krüger, Geschichte pag. 360 e seg.

³⁾ Heimbach, Proleg. pag. 3.

funzione di un codice, sia perchè omai si perdeva la conoscenza della lingua latina. ¹⁾

Se guardiamo poi all'origine di questa letteratura vietata da Giustiniano, è certo che essa germogliò e si sviluppò nella scuola. ²⁾ L'imperatore non aveva esentati i Professori dalle sue prescrizioni ³⁾, come pretenderebbe l'Heimbach, ⁴⁾ ma tacitamente ⁵⁾ dovette adattarsi ai fatti compiuti, osservando forse con compiacimento il rifiorire degli studi del diritto e la produzione giuridica dei suoi contemporanei.

Ma sul proposito non s'è tentata un'indagine ulteriore; perchè i divieti di Giustiniano restarono lettera morta così presto, e non furono osservati nella scuola? Un κατὰ πρόδα delle Istituzioni imperiali sarebbe riuscito in modo eccellente adatto all'insegnamento, ed invece ne fu fatta una parafrasi. Secondo me non vi ha che una sola spiegazione. Se i contemporanei di Giustiniano, e gli stessi Antecessori adibiti nella compilazione, non osservarono, per questo riguardo, le leggi che avevano pur scritte, ciò si deve al fatto che essi utilizzarono per l'interpretazione dei volumi giustiniani e per l'insegnamento le traduzioni ed i commentarii antichi, fatti dai loro predecessori. Quanto più presto noi sorprendiamo la violazione dei divieti di Giustiniano, tanto più siamo costretti ad ammettere tale spiegazione. Se i professori si fossero messi da capo, cioè indipendentemente dalle opere più antiche, a interpretare e insegnare le parti della compilazione, come vuole il Krüger, ⁶⁾ noi avremmo avuta una perfetta osser-

1) Mortreuil o. c. vol. I pag. 96, 181; Heimbach, Proleg. pag. 7, 93 e seg.

2) Confr. Zachariä, Jahrbücher für Deutsche R. W. vol. 16 pag. 793; il quale osserva in generale, quello che s'è sempre detto per la Parafrasi, che tali opere non erano fatte per la pubblicità, ma furono note dagli appunti degli studenti; vedi pure Heimbach; Proleg. p. 7, 33; per la parafrasi p. 30; per il commento al codice di Taleleo p. 73. 74. Mortreuil o. c. I p. 98, p. 116. Krüger-Geschichte p. 360.

3) V. Savigny-Sistema cit. p. 175.

4) Il quale, Proleg. p. 7, afferma, che Giustiniano « in scholis antecessoribus liberam explicandi et interpretandi fecerat potestatem, quod fieri necesse erat cet.

5) Mortreuil o. c. I p. 120 e seg. 139, 184; Krüger, Geschichte, pag. 360. Noi vediamo che molto più tardi, l'A. delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* [ed. Fitting. Quaestio 38, 1] si ricorda pure dei divieti di Giustiniano e crede di non violarli. Vedi anche la glossa Const. Deo auctore § 12 alla parola *commentarios*].

6) Geschichte pag. 359.

vanza di quelle prescrizioni, almeno per un primo periodo. La letteratura su di un corpo di leggi, se comincia *ab imis fundamentis*, deve presentare appunto le forme più semplici di ingenui confronti, traduzioni, sommarii, come voleva Giustiniano.

2. Ed ora passiamo alle prove. La parafrasi greca delle Istituzioni è un prezioso documento per questo riguardo. ¹⁾ Si deve ammettere come dimostrato il concetto fondamentale che emerge dai lavori del Ferrini, il quale ha posto in luce che l'autore della parafrasi si servi di un *κατὰ πρόδα*, o di una precedente parafrasi del testo delle Istituzioni gaiane, proveniente forse dalla scuola di Berito. L'antico esemplare, pertanto, venne "*ad novum latinum textum, ut melius fieri poterat, accomodatum*". ²⁾ Questo lavoro di semplice adattamento, fu fatto, come emerge chiaro per più ordini di fatti dal contenuto ³⁾, appena dopo la pubblicazione delle Istituzioni, ed attribuito già nel sec. VI, certo con buon fondamento, ⁴⁾ allo stesso Teofilo, che collabrò alla formazione del testo imperiale. Per questo egli potè in brevissimo tempo compire l'opera, quantunque occupato in altri lavori e fosse di poco sopravvissuto alla compilazione delle Istituzioni ⁵⁾ Il Ferrini che ammette le premesse, cioè il metodo sbrigativo come il

1) Il libro di diritto romano-siriaco [Bruns-Sachau 1880] è pure notevole, in quanto prova che una raccolta di leggi del periodo pregiustiniano si divulgò ed ebbe una esistenza sorprendente in Oriente; malgrado i noti divieti e forse i contrasti più diretti, ai quali potè resistere vittoriosamente.

2) Ferrini-Paraphrasis Proleg. p. XIII; confr. p. VII e seg. Più diffusamente in Archivio Giuridico vol. 37 p. 353 e seg. conf. p. 391, 406; Rendiconti dell' Istituto Lombardo vol. 16 p. 565 e seg.; e di recente tutte le prove, che offrono nell'insieme una splendida dimostrazione, furono riunite dal Ferrini in un articolo pubblicato nella Byzantinische Zeitschrift vol. VI p. 547 e seg. dove il lettore trova un quadro di tutti i punti in cui la parafrasi diverge dal testo imperiale, traduce o si accosta o presuppone il testo gaiano. Le varianti si attribuivano prima a varie cause, anche a colpa dei copisti (!); cfr. Mortenil, o. c. vol. I p. 276 ed ivi citati; Krüger, Geschichte pag. 362 n. 18. Nell'ordine di idee del Ferrini è ora anche il Krüger, Praefatio alla 3ª ediz. di Gaio, pag. XVI.

3) Già dallo studio del contenuto gli scrittori antichi avevano bene osservato che, in più luoghi, la parafrasi greca coincide con il Gaio visigoto meglio che con le istituzioni imperiali; Eckhard, Disser. VII, de versionibus iuris graecis § 300,

4) Le discussioni su questo punto sono antiche; confr. Eneccio. Opera, vol. 3 p. 29, (Sylloge III); Reitz, Paraphrasis vol. II, Excursus 11, pag. 1027 e seg.

5) Secondo alcuni Teofilo sarebbe morto avanti la pubblicazione della *Const. Cordi*. (a. 534); secondo lo Zachariä, Geschichte, pag. 5, verso il 537.

lavoro fu condotto, che spiega per sé tante cose, non so poi come insista nell'idea sua prediletta di voler detronizzare (o salvare?) Teofilo a qualunque costo. ¹⁾

Nel commento di Taleleo al Codice di Giustiniano l'indice appare di frequente più integro delle costituzioni che noi leggiamo nel Codice; ed altre volte si adatta completamente o meglio al testo primitivo che ci è conservato nel Codice Teodosiano. ²⁾ Taleleo inoltre, come fu osservato, dà spesso notizie sullo stato del diritto anteriore. ³⁾ Lo Zachariä, per spiegare questo fatto, credette si dovesse *necessariamente* ⁴⁾ supporre che Taleleo avesse compiuto già un *κατὰ πρόδα* fra il 529 e il 534, sulla 1ª edizione del Codice Giustiniano, che sottopose in seguito ad una semplice revisione, dopo la pubblicazione della *repetita praelectio*. Ma questa congettura non è constatabile; ed invece è più facile pensare che Taleleo avesse utilizzato, nel formare il suo indice, i *κατὰ πρόδα* beritensi delle Costituzioni imperiali contenute nei tre Codici antichi, e che larghe tracce di quelli esemplari rimanessero nella nuova riproduzione. ⁵⁾ Il sistema adoperato da Taleleo sarebbe stato quindi analogo a quello di Teofilo;

1) Vedi la opinione del Ferrini nei lavori innanzi citati; contro già lo Zachariä *Geschichte* cit. pag. 5; *Zeitschrift der S. S.* vol. X pag. 257 e seg. Vedi anche C. Appleton, nella *Nouv. Rev.* vol. XIX, pag. 500 e seg. Il Ferrini, nel manuale *Il Digesto* pag. 130, per spiegare come la tradizione abbia potuto già dalla fine del sec. VI attribuire a Teofilo la parafrasi, rimette in campo l'ipotesi che l'antecessore potè essere l'autore della parafrasi elaborata sul testo gaiano, che formò poi la base della parafrasi alle istituzioni imperiali. La spiegazione è acuta ed avrebbe per sé molti esempi di confronto nella storia dei libri; ma se così fosse si dovrebbe sempre riconoscere Teofilo come vero autore della Parafrasi; e soltanto gli errori resterebbero a carico del revisore.

2) Per le prove v. Zachariä, *Zeitschrift der S. S.* vol. VIII p. 31 e seg. Le stesse osservazioni sono fatte dallo Zachariä l. c. p. 10 e seg. per una antica *summa* al Codice rimasta incompleta. Ma vedi però il Krüger, nella *Praefatio al Codex*, p. XIV e seg. e *Geschichte*, pag. 364 n. 32, che attribuisce molte varianti a glossemi introdotti nel testo posteriormente.

3) Confr. Zachariä *Zeitschrift der S. S.* vol. X pag. 255.

4) *Zeitschrift*. cit. vol. VIII; *Geschichte des Griechisch-römischen Rechts* 3ª ediz. 1892 p. 6; e nella recensione all'edizione del Cod. del Krüger: *Kritische Vierteljahresschrift* vol. XVI, p. 228 e seg. conf. pure Heimbach, *Proleg.* pag. 73; Krüger, *Geschichte* pag. 364.

5) Così anche il Ferrini, *Storia*, pag. 135; *Paraphr. Proleg.* pag. XIV,

cosa che del resto ebbe a rilevare ed ammettere ripetutamente lo stesso Zachariä. ¹⁾ E questa spiegazione poi ha un buon fondamento, perchè l'uso di materiali antichi da parte di Taleleo è un fatto accertato; lo provano le citazioni dei Codici pregiustiniani che si rinvencono nel suo commento, le notizie che egli riferisce sulle interpretazioni degli antecessori di Berito, i confronti fra il testo primitivo delle Costituzioni e le innovazioni introdotte da Giustiniano. ²⁾

Così si spiegano pure le divergenze o aggiunzioni che, di fronte al testo del Codice giustiniano, si riscontrano nell'Indice di Isidoro, ³⁾ nelle annotazioni aggiunte alla *Summa* di Stefano, ⁴⁾ e nell'Indice di Anatolio. ⁵⁾ Ed ammesso poi che questi giureconsulti si giovassero, seguendo uno stesso sistema, degli antichi commentarii, non può sorprendere nemmeno che fra le loro opere esistano spesso coincidenze che non derivano sicuramente dal testo latino.

I commenti fatti sui Digesti dai contemporanei di Giustiniano offrono pure chiari esempi dell'uso di materiali antichi. Già gli stessi commissarii nella compilazione si giovarono in qualche punto dei lavori degli antecessori berites, specialmente delle raccolte dei passi riferentisi a singole materie, ⁶⁾ del richiamo dei frammenti affini o contrarii nelle varie opere dei giure-

1) Kritische Vierteljahreschrift cit. vol. XVI; e spesso poi nella Geschichte cit. v. pag. 6. Conf. pure Zeitschrift für R. G. vol. X (1872) p. 62, nel quale articolo però lo Zachariä si mostra molto incerto nell'apprezzare il commento di Taleleo.

2) Confr. Mortreuil, o. c. vol. I. p. 147 e seg.; Heimbach, Proleg. p. 78 e nota 52; Krüger, Geschichte pag. 363, note 25-29, ed i lavori innanzi citati dello Zachariä.

3) V. Zachariä, Zeitschrift cit. vol. VIII pag. 61., il quale del resto dà la solita spiegazione, cioè che l'Indice si riferiva al Codice del 529. Contro pure Krüger, Geschichte pag. 365 n. 36.

4) Confr. Zachariä Zeitschrift cit. vol. VIII pag. 54 e seg.; vol. X pag. 255 e seg.

5) Tanto più poi si deve ammettere questo se si ritiene, come pare più probabile, che Anatolio fosse appunto l'antecessore beritese che collaborò nella formazione dei Digesti (Const. Tanta § 9), come sostiene validamente il Ferrini [Anecdota Laurentiana et Vaticana pag. 49]. Lo Zachariä, invece, riferisce l'Indice a persona diversa, vissuta posteriormente: Zeitschrift der S. S. vol. VIII pag. 63 e seg. In dubbio il Krüger, Geschichte pag. 365.

6) Confr. Mortreuil, o. c. p. 259; Heimbach, Proleg. pag. 9 e scolii citati nelle note 10-17. pag. 11 e scolii nelle note 50-67.

consulti: ¹⁾ Ma negli *Indices* e nelle *Paragraphae* occorre spesso osservare che la traduzione del testo ufficiale e le relative annotazioni sono miste di elementi antiquati, tratti da opere più antiche. Così per es. è a tutti noto che Doroteo nel suo indice cita i veri autori dei responsi riferiti da Alfeno ne' *Digesta* e da Africano nelle *Quaestiones*; cioè Servio e Giuliano. Negli *indices* poi di Stefano, ²⁾ Cirillo e dell'Anonimo ³⁾ gli elementi pregiustiniani sono più copiosi, quindi occorre spesso la trattazione di materie che non hanno riscontro nei *Digesti*. ⁴⁾ Ed errava l'Heimbach, ⁵⁾ quando a proposito dell'Anonimo argomentava, in simili casi, che il commentatore greco avesse il testo più integro del nostro. Piuttosto la spiegazione delle volte è più semplice e identica; quelle materie erano trattate nelle opere originali dei giureconsulti romani, erano riprodotte nei commentarii degli interpreti greci più antichi, e per questa via passarono negli indici elaborati dai coevi di Giustiniano sui *Digesti*. ⁶⁾

La tradizione della letteratura più antica, nelle scuole del sec. VI, è provata pure da altre operette.

Le *Regulae Institutionum* edito dallo Zachariä ⁷⁾, furono evidentemente estratte da una *summa* elaborata nelle scuole pregiustiniane, in cui i principii di diritto si trovavano formulati ed esposti a guisa di *regulae*. Dopo la compilazione l'antico manuale fu adattato al nuovo ordine di studi, per via di confronti

1) Sul proposito vedi il capitolo seguente, e lo specchio di confronto fra il tit. I 1, XXV dei Dig. e gli scolii Sinaitici.

2) Confr. Zachariä, Zeitschrift der S. S. vol. X pag. 255, 268 e seg.; Mommsen, Praefatio pag. LXXIII nota 4. Krüger, Geschichte, pag. 361.

3) Confr. Zachariä, Zeitschrift cit. vol. X p. 275 e seg.: Mommsen, Praefatio pag. LXXV « *satis enim constat tam Cyrillum quam Anonymum ante oculos habuisse praeter archetypum etiam versionem pleniorum et multa inde retinuisse* ». Ma il Mommsen e lo Zachariä presuppongono semplicemente che quei giureconsulti si fossero serviti di altri indici o traduzioni del testo ufficiale, e lo Zachariä cercava gl'indizi per determinare questi indici più antichi, naturalmente senza risultato.

4) Vedi per es. il cap. XV (Zachariä Suppl. Basil. p. 10) in cui Stefano tratta anche di assegnazioni fatte dall'Imperatore ai soldati; l'Anonimo richiama a proposito una legge del Dig. XIX, 2, e lo Zachariä nota « Non invenio locum de assignatione tractantem in tit. loc. cond. ».

5) Proleg. pag. 56.

6) Confr. Ferrini, Storia pag. 138.

7) Anekdotata pag. 170 e seg.

e citazioni dei passi corrispondenti delle Istituzioni e dei Digesti. ¹⁾

Nella Glossa Torinese delle Istituzioni ²⁾ l'apparato degli scolii deriva in buona parte dal tempo di Giustiniano. ³⁾ Ma queste annotazioni sono ricavate evidentemente da commentarii più antichi, scritti forse sulle istituzioni gaiane, ⁴⁾ e quindi spesso non si trovano in armonia con la compilazione di Giustiniano.

Altri esempi ci occorreranno in seguito. Per ora va osservato che questa letteratura antica, derivata dalle opere genuine dei giureconsulti romani, attraverso i manuali di scuola, che la riproducevano, doveva poi necessariamente penetrare anche nelle raccolte di diritto, fatte a scopo pratico, nei secoli posteriori. Ed infatti lo Zachariä, ⁵⁾ esaminando il sistema della successione *ab intestato* dell'Ecloga tit. VI, nei paragrafi relativi ai creditori ereditarii, trova che le disposizioni dell'Ecloga non furono tratte dalla L. 22 Cod. de iure deliberandi, ma da costituzioni più antiche non accolte nel Codice e ricordate da Giustiniano.

Lo stesso fatto è avvertito dallo Zachariä ⁶⁾ riguardo al Prochiron; in cui, sempre in materia di diritto ereditario, al tit. XXV, fu utilizzato un compendio d'Istituzioni che portava tracce del diritto più antico, in modo che le disposizioni in esso accolte non rispondono al diritto giustiniano. Or se si considera che queste raccolte, in quanto miravano a rimettere in onore i libri di Giustiniano per l'uso pratico, ⁷⁾ dovevano essere compilate sui manuali del sec. VI, che alla loro volta derivavano da esemplari ancora più antichi, la spiegazione del fenomeno è facile e non può arrecare meraviglia.

1) Conf. Ferrini; Proleg. cit. pag. XV.

2) Zeitschrift für R. G. 1868 pag. 44 e seg.

3) Krüger, Geschichte, pag. 371 n. 5.

4) Così il Ferrini, Rendiconti del R. Istituto Lombardo Serie II. vol. XVII pag. 715 e seg.; Archivio Giuridico vol. 37 pag. 398 e seg. Krüger, Geschichte pag. 372.

5) Geschichte cit. pag. 191; cfr. n. 608.

6) Geschichte cit. § 43, pag. 174 e seg.

7) Per l'Ecloga ciò va inteso limitatamente ai materiali romani; del resto è noto che in essa gli elementi barbarici sono molti.

IX.

Opere di diritto pregiustinianee
messe in armonia con la compilazione.

1. Dagli esempî raccolti nel capitolo precedente si ricava con evidenza la prova che l'uso delle opere di diritto e dei commenti antichi non venne meno nel sec. VI, dopo la compilazione.

I divieti di Giustiniano rimasero, principalmente nella scuola e nella letteratura da essa derivata, lettera morta. I giureconsulti di quel tempo si servirono della produzione giuridica del secolo V per illustrare e commentare le diverse parti della compilazione; e si deve a questo fatto, essenzialmente, se la produzione che ne scaturì fuori oltrepassava i limiti segnati dallo Imperatore.

Il Ferrini, che meglio di tutti ha osservato il metodo tenuto dai contemporanei di Giustiniano nelle loro opere, esprime chiaramente il risultato delle sue indagini nei *Prolegomena alla graeca Paraphrasis* ¹⁾ con le seguenti parole:

Is igitur fuit, ut patet, aetatis Iustiniani imperatoris mos, ut libri ex berutiensi schola profecti, cum fieri posset, ad nova studia aptarentur.

Certamente, dalle osservazioni innanzi fatte come dalle parole del Ferrini, si ricava, innanzi tutto, questo insegnamento; che la letteratura più antica fu utilizzata per comporre i nuovi commenti, i quali perciò portavano larghe tracce del diritto anteriore.

Or questo, si potrebbe osservare, se è un fatto constatato ed innegabile, non giustifica l'asserzione fatta da me in questo lavoro nell'esame degli scolii sinaitici; in quanto le conclusioni mie pretendono stabilire che le opere antichate della scuola pregiustinianea, per via di revisioni e interpolazioni, fossero state ridotte in armonia con la compilazione.

Ragionevolmente questo è tutt'altro, anzi qualcosa di più. Ma già nelle parole del Ferrini non credo sia escluso questo genere

¹⁾ Pag. XIV.

di attività da parte dei contemporanei di Giustiniano, malgrado il " *cum fieri posset* „ che forse indica piuttosto un limite logico. E del resto se ne ha conferma da altri documenti o frammenti, di cui abbiamo notizia.

Così in alcuni manoscritti della *Synopsis Basil.* si trova, come appendice, un elenco di azioni [de actionibus]; il contenuto del manoscritto greco, come osservò lo Zachariä, ¹⁾ risponde meglio al diritto antico che alla legislazione di Giustiniano, come è provato, fra altro, dalla menzione dell'*actio rei uxoriae*. Per questo caso sarebbe ben difficile il supporre che lo autore si fosse servito di un compendio antico per formare un nuovo elenco, ma, piuttosto, si deve pensare, come già ha fatto lo Zachariä, ²⁾ che l'elenco antico fu adoperato, anche dopo la compilazione, nella sua forma originale, non per uso pratico, com'è stato pur detto, ma nella scuola.

2. Ma su questo proposito, cioè per dimostrare l'asserzione da me posta, una prova precisa che scaturisca dall'esame particolareggiato anche di un unico testo deve avere più efficacia e valore che un cumolo di casi discutibili. — Mi rivolgo quindi all'esame di uno scolio dei Basilici che può essere apprezzato dal lettore in tutti i suoi particolari, come quello che ha relazione con la materia finora trattata.

Nei Basilici 28, 10, cap. XI è riprodotto il fr. 11 D. 25-1 con queste parole: ³⁾ *Κὰν γνώμη τῆς γυναικὸς γεγένηται τὰ πρὸς τέρψιν δαπανήματα, οὐκ απαιτοῦνται* = licet voluntate mulieris impensae voluptariae factae sint, tamen non exiguntur.

Alle parole *κὰν γνώμη τῆς γυναικὸς* è applicato uno scolio dell'Anonimo del tenore seguente:

ταῦτα δὲ τὰ βουλευτήρια, ἅτινα κατὰ γνώμην τῆς γυναικὸς δαπανήσει ὁ ἀνὴρ, οὐ δύναται ἀκουσαν αὐτὴν ἀπαιτεῖν — ἐν ᾧ ἀνέχεται αὐτὴ περιαιρεῖν αὐτὰ βουλόμενον.

1) Zeitschrift der S. vol. 14 p. 88 e seg. e specialmente pag. 95, 96.

2) L. c.; v. anche Ferrini, Rendiconti del R. Istituto Lombardo, Serie II, vol. XXVI, fascic. 18, 19.

3) Heimbach, Basil III p. 293.

Cioè in latino:

has autem voluptarias impensas, quas maritus voluntate uxoris fecit, non potest ab ea invita exigere — si ipsa eum volentem ea tollere patiatur.

Questo scolio ha un perfetto riscontro con il § 20 dei nostri fr. sinaitici. Nel primo periodo ταῦτα..... ἀπαιτεῖν, conforme al fr. 11 D. 25-1, si nega qualunque compenso al marito per le spese voluttarie, anche se queste sieno fatte *voluntate mulieris*. L'avverbio *autem* del fr. 11 cit. è riprodotto, come già nello scolio sinaitico, anche qui: δέ. Quell'avverbio però, come s'è visto nel capitolo IV, aveva nel testo originale ulpiano forza avversativa, e fa già evidentemente intendere che la proposizione precedente si riferiva al compenso per le spese utili, per le quali la *voluntas mulieris*, come sappiamo, era, nel diritto classico, elemento importante e decisivo.

Le parole poi ἀκούσαν αὐτήν = ab ea invita dovevano, o per lo meno potevano, pure trovarsi nel commento antico, perchè noi le riscontriamo in un testo evidentemente genuino di Paolo:

fr. 79 § 1 (50-16): quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet.

Dunque questo primo periodo, nella sua interezza, da ταῦτα fino alla parola ἀπαιτεῖν, riproduce la teoria classica; non contiene alcun cenno sul d. giustiniano. Ma allo stesso segue un'appendice, nella quale è riprodotto il contenuto del fr. 9 D. 25-1, appunto come nei fr. sinaitici: ἐνδ'ἀνέχεται αὐτὴ περὶ αἰρεῖν αὐτὰ βουλόμενον.

Questa chiusa quindi dice che la donna ha facoltà di permettere lo *ius tollendi*; lascia indovinare, soltanto per argomento *a contrariis*, che se la donna nega al marito il permesso di detrarre le opere da lui eseguite, deve darne un compenso.

Certamente non si può negare, per la sua evidenza, che questa ultima proposizione fu sovrapposta dopo al primo periodo.

Anche qui abbiamo due strati diversi.

Nel primo periodo non solo si nega qualunque compenso per le spese voluttuarie, ma si fa anche cenno dell'importanza della *voluntas mulieris*. Esso è quindi tratto da un commento antico, che si riferiva ad un'opera originale di giureconsulto romano. Nel d.

giustiniano l'elemento della volontà non ha più importanza, ed il farne menzione, dopo la *Const. unica* dell'anno 530, non ha senso.

Il secondo periodo, invece, fu aggiunto nel testo greco allo scopo di renderlo armonico con la compilazione, in cui era stato inserito il fr. 9 con una nuova disposizione.

E qui ancora due osservazioni.

Se altri volesse ritenere che lo scolio in esame dei Basilici fosse stato formato di getto così come si legge ora, riferendosi direttamente *ab initio* ai due fram. 9 ed 11 dei Digesti, dovrebbe, per combattere la mia prova, dimostrare e spiegare perchè noi troviamo anche in questo scolio invertito, nei due periodi, l'ordine che i digesti presentano su questo punto; nei digesti infatti il fr. 9, cioè la riforma di Giustiniano, precede; segue il fr. 11, cioè la norma del diritto classico; nello scolio dei Basilici invece, come nel § 20 dei fr. sinaitici, precede la menzione del diritto antico=fr. 11; e segue poi la riforma di Giustiniano=fr. 9.

L'altra osservazione è la seguente:

Il fr. 11, contenuto nei Digesti, ha sul nostro proposito una breve proposizione, accolta come si disse per vista; invece il fr. 9, che riporta la nuova disposizione di Giustiniano, è, per lo meno, tre volte più lungo; come si spiega che lo scolio dei Basilici è formato in proporzioni inverse? La riforma di Giustiniano è solo accennata nella chiusa, in modo incompleto, con una sola proposizione; mentre il d. antico è riferito largamente; ma ciò dimostra, secondo me, con tutta evidenza, che questa proposizione fu interpolata dai coevi a Giustiniano in un commento di diritto antico; l'aggiunta fu fatta, forse, soltanto in margine, per mettere in armonia l'opera pregiustiniana con il contenuto della compilazione, e così poi passò negli ulteriori commenti ed infine nei Basilici.

3. Se questo è vero, l'asserzione, che i contemporanei di Giustiniano tennero il sistema di mettere a nuovo i vecchi commentarii, per ravvicinarli alla compilazione, risulta giustificata; e se l'osservazione si potesse ripetere su di un campo più vasto forse ne uscirebbe limpida la prova, che, di fatto, tale sistema, anche come lavoro preparatorio, doveva essere preferito; come

più sbrigativo poi dovette precedere i nuovi commentarii formati con gli esemplari più vecchi. Ad ogni modo possiamo affermare come certo che i *κατά πύδα* già elaborati ai codici pregiustiniani, gli antichi commentarii alle opere dei giureconsulti romani derivati dalla scuola di Berito, non furono completamente abbandonati, come crede il Krüger, ¹⁾ non furono soltanto *extraits et consultés* dai coevi a Giustiniano, come dice il Mortreuil, ²⁾ ma furono studiati ed utilizzati, nella loro forma originale. Qua e là si poté arrivare a metterli in armonia con la compilazione, e di questo lavoro di revisione sono ancora evidenti le tracce, specialmente nei frammenti sinaitici.

In breve, per riassumere il risultato di questa indagine, bisogna dire che la produzione giuridica dei coevi a Giustiniano non raccolse soltanto la tradizione ³⁾ della scuola di Berito, ma si fondò essenzialmente sull'antica letteratura, la quale ritoccata appena in alcuni punti e messa al corrente con la compilazione ⁴⁾, in altre opere magari rifusa, continuò a dominare sovrana, principalmente nella scuola. ⁵⁾

1) Geschichte pag. 359.

2) Histoire cit. vol. I, p. 272.

3) Così Serafini Istituzioni vol. I (7 ed.) p. 72.

4) Per quanto ho potuto vedere solo il Mortreuil O. C. I p. 260, esprime chiaramente questo rapporto fra la letteratura antegiustiniana e la nuova produzione, laddove egli nota, sagacemente, a proposito dei lavori di Cirillo (*ὁ ἱρως*), che i fram. delle sue opere « ont subi dans leur texte, et surtout dans les citations, deux espèces d'altérations successives: en premier lieu de la part des compilateurs contemporains de Justinien, pour faire concorder le travail de Cyrille avec le texte et la division du Digeste; ensuite de la part des scholiastes, pour le mettre en harmonie avec les Basiliques. »

Del resto i critici distinguono bensì negli scolii dei Basilici, [e si aggiunga anche nel testo] due diversi strati: i più antichi, derivati dai commenti dei contemporanei a Giustiniano [*παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν οὗ τὰ παλαιά*]; e quelli più recenti fatti sui Basilici [*νέαι παραγραφαὶ οὗ σχόλια*], che sono facili a distinguersi, sol che si avverta la possibilità della fusione di brani diversi, ma non fanno cenno degli elementi pregiustiniani: v. Zachariä, *Jahrbücher für D. R. W.* cit. vol. 16 p. 819 e seg. e p. 1083 e seg.; Heimbach *Proleg.* p. 124, 155, 206.

5) Anche il Ferrini-Storia p. 135, rileva egregiamente dal commento di Taleleo, che gli antichi Codici fossero ancora usati nella scuola di Berito al tempo di Giustiniano,

L'affermazione quindi del Mommsen ¹⁾, che nemmeno i redattori della compilazione sapessero di più di quanto trovavasi nei Digesti, è ormai insostenibile; perchè, se non può dirsi con l'Alibrandi ²⁾ che i greci giureconsulti contemporanei di Giustiniano avessero *profonda cognizione del diritto antico*, è poi certo che la loro attività, come docenti e come scrittori, trovava un potente aiuto nei lavori dei maestri più antichi.

4. Il nuovo ordinamento degli studii stabilito da Giustiniano con la *Const. Omnem*, per la scuola di Berito e di Costantinopoli, non può invocarsi contro i risultati che scaturiscono dalla mia indagine, nè può in contrario affermarsi che i vecchi commentarii non potessero adattarvisi.

Innanzitutto è stato sempre osservato che l'ordinamento di Giustiniano non contiene una riforma radicale, ma solo un adattamento, per via di leggieri mutamenti, del sistema primiero alla nuova compilazione. ³⁾ Ciò era ben naturale. Nei Digesti, la parte di gran lunga più importante della codificazione, si era raccolto il fiore della giurisprudenza classica, e l'ordine stesso dell'Editto, seguito dai giureconsulti romani, era stato conservato, nelle sue linee fondamentali. I digesti quindi riproducevano le opere più notevoli, che se non erano più in voga nella pratica, erano in buona parte note, studiate e commentate in quelle scuole, specialmente nella beritese. L'Oriente aveva mostrato una vera predilezione per le opere di Ulpiano. ⁴⁾ Vi si

¹⁾ Zeitschrift für R. G. vol. IX, pag. 93. Quindi le notizie che ricaviamo dalle opere dei contemporanei di Giustiniano riguardo al d. antico o alla paternità dei responsi hanno sempre un valore, [Confr. anche Alibrandi Opere, pag. 49 e seg.] salvo naturalmente i possibili errori che nelle necessarie ricopie del testo saranno potuti intramettersi. Queste considerazioni vanno pure tenute presenti per esser cauti nell'emendare il testo fiorentino: cfr. Zachariä Zeitschrift des S. S. X pag. 283 e seg.

²⁾ O. C. pag. 49 e seg. « Dell'utilità che arrecano alla Storia ed alle antichità del diritto romano gli scritti de' greci interpreti e degli scolasti de' Basilici » nel quale articolo l'A. raccoglie in modo ampio le tracce del diritto antico che si rinvennero negli scritti dei coevi di Giustiniano.

³⁾ Conf. Hugo, Civil. Magazin II, pag. 267, il nuovo ordinamento contiene « bloss kleine Versetzungen und Accomodationen auf des Kaisers neue Sammlungen ». Vedi in questo senso anche Karlowa, Rechtsgeschichte vol. I pag. 1025.

⁴⁾ Conf. Krüger, Geschichte pag. 350.

studiavano i commentarii all'editto, ma anche i libri *ad Sabinum*, come provano in modo irrefutabile i nostri scolii sinaitici. ¹⁾ E la ragione era semplice. Ulpiano, da brillante compilatore, aveva saputo raccogliere e condensare con mano maestra tutta la tradizione scientifica della giurisprudenza romana, di maniera che i suoi estesi commentarii rendevano quasi inutile il ricorso alle opere dei predecessori. Per questo merito le opere di Ulpiano avevano diritto di essere preferite a tutte le altre. I compilatori, certamente ammaestrati dalla letteratura giuridica dei loro tempi e dalla tradizione della scuola, seppero trarne vantaggio, ed i²₃ dei digesti lo ricavarono, com'è noto, dalle opere di Ulpiano. Dei commentarii a Sabino furono accolti nei digesti circa 636 frammenti, che nella Palingenesia del Lenel riempiono 178 colonne. I commissari della massa Sabiniana ritennero come centro e guida della loro raccolta quest'opera. Ne discende quindi come conseguenza che i commentarii greci all'opera di Ulpiano a Sabino, elaborati nelle scuole di diritto avanti Giustiniano, potevano adoperarsi con molta utilità per interpretare e illustrare le parti fondamentali dei Digesti.

Una semplice constatazione di fatto, col confronto del tit. dei Digesti: *de impensis in res dotales factis* ed il punto corrispondente degli *Scolii Sinaitici*, metterà in luce questa verità.

1) Giustiniano nella *Const. Omnem* § 1 non fa cenno dei libri *ad Sabinum*; ma bisogna considerare che il vanaglorioso imperatore non mira che a fare una rapida relazione, e con colori oscuri, dell'ordinamento degli studii fino allora esistente, per far risaltar meglio le sue riforme (§ 2). Ad ogni modo è certo che il documento che ora possediamo nei frammenti Sinaitici è decisivo; [Krüger, *Geschichte* pag. 350; Karlowa *R. R.* vol. I pag. 987] senza che per questo sia necessario supporre, come fanno il Krüger, *Zeitschrift der S. S.* IV pag. 31, lo Zachariä, *Bullettino cit.* l'Alibrandi o. c. pag. 448, che la *Const. Omnem* non riguardasse i tempi più antichi; o che non si riferisse, come crede il Ferrini, *Storia* pag. 127, al sistema degli studii della scuola di Berito; il che poi è meno probabile; v. contro anche Krüger, *Geschichte*, pag. 349. Del resto il Ferrini, nelle opere posteriori. (Il Digesto pag. 33) ha modificata la sua opinione.

Dig. XXV-I

[Ulpianus l. XXXVI ad Sabinum]

fr. 1: *impensae necessariae*

fr. 2: cfr. Paulus VII ad Sabinum

fr. 3 § 1: *spese necessarie e spese pei frutti*fr. 4: *impensae necessariae* (Paul. XXXVI ad. ed.)fr. 5 pr.: *imp. neces. dotem minuunt*fr. 5 pr.: *ubi non sunt corpora*fr. 5 § 3: *impensae utiles*

fr. 6: cfr. Paulus VII ad Sabinum

fr. 7 pr: *impensae voluptariae*fr. 7 § 1: *compenso per le spese utili*

fr. 8: cfr. Paulus VII ad Sabinum

fr. 9: *compenso per le spese voluttuarie*fr. 11: *idem: secondo il diritto classico*

fr. 10, 12-16: estratti da opere di Ulpiano, Paolo, Nerazio (massa Sabiniiana), servono parte di confronto, parte per illustrare in altre direzioni i concetti contenuti nei frammenti precedenti e formano nel titolo una appendice.

Scholia Sinaitica

[Ulpianus l. XXXVI ad Sabinum]

= § 17: *impensae necessariae*

= § 18: cfr. Paulus VII ad Sabinum 1)

= § 18: *spese necessarie e spese pei frutti.*

= (cfr. § 17).

= (lacuna)

= § 19: *ubi non sunt corpora.*

= (lacuna)

= (lacuna).

= (lacuna)

= § 20: *compenso per le spese voluttuarie.*= § 20: *idem: secondo il diritto classico.*

Da questo quadro si osserva che il libro XXV tit. 1 dei Digesti ha per base l'opera di Ulpiano a Sabino, ed intorno a questo centro si raggruppano altri frammenti di confronto, estratti dai commentarii di Paolo *ad Sabinum* e dagli altri *ad edictum*. Segue poi un'appendice con passi di secondaria importanza.

Or meglio che da una lunga dimostrazione noi ricaviamo dallo specchio riferito piena certezza, che i commenti scritti alle opere originali dei giureconsulti romani, nelle scuole antiche, potevano servire, in modo eccellente, per interpretare ed illustrare

1) La dimostrazione delle lacune e dei confronti qui pretesi è stata fatta avanti, specialmente nel cap. V.

i Digesti. ¹⁾ Questi avevano per sostrato, in tutte le parti, quella stessa letteratura giuridica romana, che per secoli era stata obbietto di studii e commenti nelle scuole di Oriente. Di questa produzione più recente si avvalsero i compilatori, non solo per rinvenire più facilmente i passi analoghi ²⁾, o per escludere o modificare i contrarii, ma sino a certo punto anche per la scelta delle opere nelle singole materie. ³⁾

Non meritavano quindi i commentarii greci d'essere messi da parte come ferri vecchi e ruginosi; ma quali aurei prodotti dei secoli anteriori potevano ben servire ai modesti coevi di Giustiniano per l'intelligenza della compilazione, sia nel formare nuovi commentarii, sia per l'insegnamento. ⁴⁾ I frammenti Sinaitici poi e la Parafrasi greca delle Istituzioni attestano, nella maniera più diretta, ⁵⁾ che i giureconsulti del sec. VI ne fecero effettivamente tesoro, e non ebbero la ingenuità, supposta dal Krüger, ⁶⁾ di affrontare, con indipendenza dai lavori precedenti, i grossi volumi di Giustiniano.

5. Questi risultati hanno un'importanza generale nè credo sia ozioso insistervi; perchè, anche oggi, i migliori scrittori, ogni volta che divergenze occorrono fra i passi greci riportati dai Basilici e le leggi corrispondenti del *Corpus iuris*, si smarriscono, penosamente imbarazzati, in un labirinto di ipotesi. Così l'Ei-

1) Infatti anche lo Zachariä, Monatsberichte cit. pag. 622, potè servirsi utilmente dell'ordine dei fr. nei Digesti per ordinare gli scolii sinaitici; v. anche Krüger Collectio cit. pag. 267, Zeitschrift der S. S. IV pag. 28 e seg.; poche varianti presenta il Lenel nella Paling. II pag. 1151 e seg.

2) Nello specchio sopra indicato vi hanno già degli esempi. È pure da notare che il libro XXV dei digesti nell'ordinamento degli studii di Giustiniano [Const. Omnem § 3, 4] poteva essere studiato nel 2 anno come uno dei libri *singulares de dotibus*. Nel sistema antico i libri *de re uxoria* si studiavano nel 1 anno; Const. Omnem § 1.

3) Confr. in questo senso anche Ferrini, Il Digesto pag. 33, 34. Il prof. Buonamici, invece, in due eleganti memorie [Annali delle Università Toscane vol. XX; Archivio Giuridico Filippo Serafini vol. I pag. 1 e seg.] ha cercato dimostrare che i compilatori per la scelta dei Giureconsulti e delle loro opere si attennero alla legge delle citazioni.

4) Considerazioni analoghe fa il Ferrini a proposito della Glossa Torinese delle Istituzioni, Rendiconti del R. Istituto Lombardo, serie II, vol. XVII pag. 718.

5) Già lo Zachariä osserva [Zeitschrift der S. S. vol. VIII cit.] che gli 8 Antecessores, cui era diretta la Const. Omnem, ebbero a comporre subito dei commentarii, giovandosi dei lavori più antichi.

6) Geschichte, pag. 359.

sele, ¹⁾, seguito in proposito dal Pacchioni ²⁾, osserva egregiamente che la chiusa della *Const. 8 ad exhib 3,42: stricto iure..... utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio*, fu inserita dai compilatori. Ma trova assai sorprendente, d' altro lato, che i Basilici al capo 23, XV, IV (estratto dall' elaborazione del Codice fatta da Taleleo) riportano il passo senza quelle parole evidentemente interpolate. Per spiegare questa divergenza fra le due fonti l'Eisele comincia dallo escludere che Taleleo avesse potuto comporre la traduzione sul testo della 1^a edizione del Codice, e non trova poi altra uscita che ammettere una delle due seguenti spiegazioni; o, egli dice, quella chiusa pervenne nei manoscritti del Codice dopo la pubblicazione dei Basilici (!), inserita da qualche studioso, sul modello della interpolazione giustiniana che troviamo applicata alla *Const. 7 C. V, 14*; ovvero i compilatori dei Basilici, eliminando in questo punto l' interpolazione giustiniana, riprodussero il diritto più antico. Per l'Eisele le più grandi probabilità militano in favore di quest'ultima ipotesi, che è anche rafforzata dal Pacchioni con la citazione di altro passo che avrebbe goduto lo stesso trattamento nella compilazione greca. Ma, a dire il vero, il supposto degli illustri scrittori sullodati non ha per sé nemmeno un grado minimo di probabilità; anzi l'idea che i compilatori dei Basilici avessero voluto [cioè: coscientemente ³⁾] rimettere in onore in qualche punto il diritto classico non può essere suffragata da alcun esempio, ed appare addirittura strana. Nelle formazione dei Basilici furono seguiti in vari punti, altri principi che quelli codificati da Giustiniano, ma in tali casi i commissarii dovevano ricorrere a ben altre fonti, tenendo in considerazione non il diritto antico dei romani ma lo sviluppo posteriore a Giustiniano. Piuttosto quindi nell'esempio soprariferito, come altrove, i Basilici offrono la traduzione originaria della costituzione di Diocle-

1) Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte pag. 79 e seg.

2) I contratti a favore di terzi pag. 56 nota 1.

3) Le parole dell'Eisele lasciano in dubbio sul proposito, cioè se egli attribuisca ai commissarii che avrebbero sopresse le parole sopracitate dal testo greco il proposito di voler mutare il diritto. Il Pacchioni si esprime chiaramente in questo senso.

ziano, quale cioè si trovava nei *κατὰ πόδα* ai tre Codici antichi, che pervenne genuina, per via del solito processo a noi noto, e soltanto per questo, nella compilazione greca del secolo X. Gli scrittori dei secoli passati intuirono meglio il rapporto fra le fonti greche e latine in questo riguardo. Infatti Eckhard ¹⁾ avverte di andar cauti nel trarre illazioni dalle divergenze che si osservano fra i testi greci e i frammenti del *Corpus iuris*, perchè i greci giureconsulti *iurisprudentiam suorum temporum veteri* [intendi: pregiustiniana] *iurisprudentiae passim miscuerint*.

X.

In qual periodo di tempo si formò il commento all'opera di Ulpiano ad Sab.; quando fu riveduto.

Incertezze sugli autori. I papiri a noi pervenuti.

1. Completo accordo regna in generale fra gli scrittori relativamente al tempo in cui i nostri scolii furono scritti. I limiti estremi si sono segnati in base ai seguenti fatti; gli autori del commento, si dice, si riferiscono sempre alle opere genuine dei giureconsulti romani, d'altra parte essi citano i tre Codici antichi, le disposizioni dei quali sono considerate come diritto vigente; di conseguenza la loro attività cade tra il 438 ed il 529. ²⁾

Queste conclusioni sarebbero inoppugnabili, qualora il presupposto fosse un fatto vero per tutti i singoli §§, di cui è formata l'opera. Ma noi invece sappiamo che il commento greco non è prodotto di un solo individuo, che piuttosto si venne formando in tempi diversi, accresciuto via via da nuove aggiunte

1) Dissertationes; Diss. VI *De interpolationibus*, § 268, e più diffusamente, Diss. VII, *de versionibus iuris graecis* § 300.

2) Così in generale gli scrittori, tuttavia alcuni segnano altre date, ma sempre in base agli stessi dati. Noto soltanto le varianti fra parentesi. Dareste, *Nouvelle Revue* cit.; Zachariae, *Monatsberichte* cit. [438-528]; Lenel, *Zeitschrift* cit. vol. II; Krüger, *Zeitschrift* cit. IV [439-529]; *Geschichte* cit. pag. 320; *Collectio* cit. [439-533]; Huschke 438-472, ritenuti questi limiti non improbabili pel Krüger, *Collectio* cit. pag. 268; a cui si accosta anche Kalb, *Jahresbericht über die Fortschritte der Klassischen Altertumswissenschaft*, vol. 89 (1896) pag. 237; Alibrandi, o. c. pag. 418, 450 [dopo il 474-528]; e con lui concorda Zachariä, *Bullettino* cit. pag. 4.; Momier, *Nouvelle, Revue historique*, vol. XIX, pag. 692. Confr. Kipp, *Quellenkunde* pag. 99; Muirhead, *Storia* pag. 408 etc.

per parte di altri scrittori, come già abbiamo molti esempi nelle opere annotate dalla letteratura giuridica romana. Quei limiti segnati quindi dagli scrittori, in modo complessivo, non possono soddisfare; bisogna invece determinare particolarmente in qual periodo di tempo le varie masse furono scritte o sovrapposte. La dimostrazione fatta nei capitoli precedenti rende possibile tale determinazione.

2. Gli scolii che costituiscono la prima massa formano, come si disse, il fondo dell'opera, intorno a cui si raggruppano le osservazioni e le note aggiunte dopo. Ma l'antico commentatore conosce e cita tutti i tre Codici pregiustiniane, e quindi già questo primo strato dovette essere scritto nel sec. V, dopo l'anno 438.

Si può inoltre indicare più da vicino il tempo della redazione dei primi scolii. Giova a questo proposito considerare, che se almeno 3 delle masse di cui è composta l'opera sono anteriori a Giustiniano, la più antica di esse deve riportarsi al sec. V, in un tempo quanto più vicino alla pubblicazione del Codice Teodosiano; appunto perchè le varie aggiunzioni dovettero essere fatte in varii periodi e ad un certo intervallo. Con questo supposto coincide bene la citazione che si legge nel § 2 degli scolii; in cui lo scrittore si riporta ad una Costituzione del Codice Teodosiano, la quale confermava la pena che era in uso nei casi di mancanza alla fede data negli sponsali. La costituzione stessa non è a noi pervenuta.¹⁾ Ma da altre costituzioni che si leggono ancora nel C. Teodosiano ²⁾ noi sappiamo che la pena era del quadruplo. Se dunque non vi ha errore nel riferimento, e se effettivamente è citato il Codice Teodosiano, è necessario dedurre che l'antico scoliaste si riferiva alla pena del quadruplo, e che non conosceva la Costituzione di Leone dell'anno 472 che ridusse la pena al duplo [*Const.* 5 Cod. V-I]. La prima massa degli scolii quindi sarebbe anteriore all'anno 472.

Ma insorge qui una grave difficoltà. Nello scolio 2, quantunque sia citata una Costituzione della codificazione ufficiale

1) Così il Dareste, il Krüger, il Huschke.

2) *Const.* 11 Cod. Th. III 5 [a. 380], la C. 1 Cod. Th. III, 6 [a. 380], accolta, meno la menzione del quadruplo, nel Cod. Iust. c. 1, v, 2. Corfr. C. unica C. Th. 3, 10 = C. 1 Cod. 5, 8.

teodosiana, si fa menzione della pena del duplo: Μέχρι τοῦ διπλοῦ e non del quadruplo. Come si concilia la contraddizione che esiste fra la citazione (Cod. Th.) ed il contenuto dello scolio, che si riferisce in parte alla costituzione Leonina? Lo Zachariä dapprima aveva sospettato un errore del copista e proponeva di emendare la lezione del codice in $\delta\pi\lambda\omicron\upsilon = \tau\epsilon\tau\alpha\pi\lambda\omicron\upsilon$. L'Alibrandi ¹⁾ invece riferisce la citazione del § 2 alla legge dello Imperatore Leone, che sarebbe stata *adiecta* al Cod. Th., e conclude quindi che il commento dovette essere redatto dopo la morte di Leone. A questa opinione si accostò poi anche lo stesso Zachariä. ²⁾

Io non voglio dire *a priori* che la congettura dell'Alibrandi sia completamente arbitraria; ma credo che un esame più particolareggiato del contenuto del testo debba dare migliore risultato che l'accomodamento di una citazione; questa in effetto si riferisce al C. Teodosiano, come tale, e quindi, a primo aspetto, si dovrebbe concludere che lo scoliaste menzionava la pena del quadruplo e non del duplo. Del resto la parola $\delta\pi\lambda\omicron\upsilon$ nel manoscritto in tal caso avrebbe potuto avere origine da altre cause. Si può pensare innanzitutto che non sia sicura la lettura del manoscritto ³⁾ ovvero l'errore potè derivare dal copista antico, che non s'avvide dell'abbreviazione ed interpretò il " $\delta\pi\lambda\omicron\upsilon$ per $\delta\pi\lambda\omicron\upsilon$. Ed infine non si può escludere quest'altra possibilità; se gli scolii nostri furono riveduti dopo il 534, la menzione della pena del quadruplo, se pure fatta nell'antico Codice, potè essere modificata nel duplo, come appunto si trovava nella compilazione di Giustiniano.

Or in favore di quest'ultima ipotesi militano considerazioni di vario ordine, che la rendono più che probabile.

Infatti le parole καὶ μέχρι τοῦ διπλοῦ, con le quali si chiude il § 2 degli scolii, si riferiscono senza dubbio al principio della *Const. 5* Cod. cit., e riproducono letteralmente la frase di Leone *usque ad duplum*. In tale stato di cose bisogna vedere se tutto

1) o. c. pag. 420, 421.

2) Bullettino cit.

3) Non si decide il Karlowa Rechtsgeschichte I pag. 987.

il contesto dello scolio si adatta a questo confronto con la costituzione Leonina. Se il risultato è negativo non si potrà sfuggire la conseguenza di riconoscere, anche in questo punto degli scolii, due diversi strati.

Comincio dal porre sotto gli occhi del lettore uno specchio delle varie fonti.

Cod. Theod.	Scholia sinaitica	Cod. Iust.
C. 11 § 2 (3-5)... ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur. C. unica (3,6).... poenaeque expertes sint, quae quadrup- lum statuit. Confr. C. unica (3. 10).	§ 2.... ἀλλ' ἐν τῷ γ' βιβλίῳ τοῦ Θεοδο- σιανοῦ κώδικος τί- τλω ἰε' ἢ ἰε' τρῶ τίτλου διάταξις κοα- τύνει τὰς περὶ συ- στάσεως τῶν γάμων poenas. Καὶ μέχρι τοῦ δι- πλοῦ.	C. 5 (5-1) <i>in fi-</i> <i>ne</i>.... quadrupli vi- delicet poena, quae anterioribus legi- bus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputa- batur, cessante. <i>in princ</i>.... usque ad duplum tenea- tur.

La pena del quadruplo, di cui è menzione nelle leggi del Cod. Teodosiano, non fu introdotta dagli Imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio, ma essi confermarono soltanto nell'anno 380 una disposizione più antica: *ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur*. L'origine della pena non è nota; I. Goto-

fredo la credette introdotta dalle leggi Iulia et Papia.¹⁾ Ma chenchè sia di ciò, a noi importa rilevare che la pena del quadruplo era soltanto confermata²⁾ dalle Costituzioni accolte nel Teodosiano; e che con questo fatto collima perfettamente il tenore dello scolio sinaitico, nella sua prima parte. Lo scoliaste infatti, non solo richiama, come si vede, una costituzione del Codice Teodosiano (la quale del resto non è a noi pervenuta,³⁾ ma usa la espressione *καταύγει.... poenas*, che vuol dire appunto *conferma le pene*. Il tema del verbo KPATUN [= *rinforzare, confermare*] è sicuro nell'apografo. Ora la costituzione Leonina non aveva confermato o rafforzato il diritto antico, chè, invece, aveva portato una innovazione in senso più mite, riducendo la pena *usque ad duplum*. Chi scrisse quindi la prima parte dello scolio non conosceva la riforma di Leone, ma aveva innanzi agli occhi il Codice Teodosiano, da cui traeva la massima nota. La coincidenza fra lo scolio greco e le costituzioni del C. Teodosiano non può essere casuale, e se poi si tien conto che la citazione dello scoliaste si riporta effettivamente al Teodosiano come tale, non so quale altro elemento si possa desiderare per riconoscere come certo il risultato del nostro esame.

Ma, d'altra parte, le ultime parole dello scolio *καὶ μέχρι τοῦ διπλοῦ* riproducono, come si disse ed appare dallo specchio, la riforma apportata da Leone nel 472, cioè che la pena dovesse limitarsi al doppio delle arre: *usque ad duplum*. Se il testo non è difettoso, bisogna necessariamente riconoscere che queste ultime parole furono inserite nel commento dopo, in un lavoro di revisione, forse dopo il 534.⁴⁾

1) Ad C. Th. III, 5 Const. 6.... *ut omnino credam, poenam hanc quadrupli lege Iulia et Papia inductam fuisse*. Ma vedi ora Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* pag. 268, che ha dimostrato che la pena in parola deriva da influenza dei diritti orientali.

2) Tutti gli scrittori sono d'accordo su ciò; confr.; invece d'altri, Bruns, *Syrischröm. Rechtsbuch*, pag. 219, 296, 297.

3) Secondo lo Zacharià, *Bull. cit.* pag. 5, la costituzione contemplata anche nello scolio in esame sarebbe la C. 11 Th. III. 5 [Haenel].

4) Io inclino a ritenere che effettivamente anche queste parole furono aggiunte dopo la compilazione di Giustiniano. Tuttavia nello specchio degli scolii, nel cap. I del presente lavoro, non azzardai di collocare la chiusa dello scolio 2 nella quarta massa, perchè la aggiunzione potè anche essere fatta dopo il 472.

Altri argomenti concorrono a rendere vie più evidente e sicura questa ipotesi.

Le parole in esame si trovano nel *ms.* in linea separata, in calce al § 2. Lo Zachariä ¹⁾ rinunciava a spiegare in qual rapporto o connessione esse si trovassero con i paragrafi 2 e 3 degli scolii, ma tuttavia escludeva che si dovessero considerare, come fa il Krueger, quale conclusione del presente scolio. ²⁾ Ma egli invece credette di poter spiegare la connessione fra i §§ 2 e 3 e renderne il contenuto; in effetto però il compianto maestro fa a questo punto una bella confusione fra le costituzioni del C. Teodosiano e la Leonina, che suppone considerate in blocco dagli scolasti. Il vizio della dimostrazione dello Zachariä è evidente; egli ricostruisce il contenuto degli scolii citati in base ad una divinazione della prima parte dello scolio 1 andata perduta (!)

Ma se noi invece ci atteniamo al testo a noi pervenuto, appare evidente che i §§ 2 e 3 contemplano unicamente costituzioni più antiche dei codici Gregoriano e Teodosiano, e non portano alcun cenno della costituzione di Leone. A questa invece si riferiscono le ultime parole del § che, come osserva lo stesso Zachariä, restano isolate. Di più, siccome avanti nello scolio non è fatta menzione delle arre, il μέχρι τοῦ διπλοῦ resta campato in aria, in quanto, come osserva il Huschke, ³⁾ non si vede *cuius rei duplum intellegendum sit*. Ma ciò prova egregiamente che quelle parole sono insitiche, introdotte dal revisore degli scolii antichi per mettere gli stessi in armonia con le leggi posteriori.

Così son tolte di mezzo molte difficoltà. Risulta inoltre che la prima massa degli scolii fu composta prima dell'anno 472.

3. Le annotazioni, annoverate da me nella 3 massa, dovettero pure essere aggiunte dopo la pubblicazione del Cod. Teodosiano, e prima della Costituzione di Leone innanzi citata. Infatti l'annotatore nel § 3, volendo illustrare il periodo che precede

1) Bull. cit. pag. 6.

2) L. c. pag. 5 nota 1. Invece tale connessione non è soltanto ovvia ma necessaria.

3) Iurisprudentia p. 817 n. 6, il Huschke suppone cadute alcune parole.

nel commento, si riporta pure alla Const. del Teodosiano da una parte, e ad altra del Codice Gregoriano. La costituzione di Leone è quindi anche qui ignorata.

Per la 2. massa non possiamo ricavare dal contenuto alcun indizio particolare, perchè essa contiene, come s'è visto, un solo responso. Ma se è vero che il responso fu intercalato prima delle note, ed apposto come illustrazione in seguito alla proposizione del § 2: *periculosam violationem non esse sponso vel sponsae*, deve anche esso attribuirsi allo stesso periodo di tempo.

Così, per quanto riguarda le prime tre masse, il commento risulta cominciato e compiuto nello spazio di circa trent'anni, fra il 438 ed il 472.

4. La 4. massa è sicuramente posteriore alla pubblicazione dei Digesti. Se il commento si venne formando nella scuola di Berito, come è molto probabile, la revisione dovette avvenire nel periodo fra il 534-551, ma dobbiamo essere proclivi ad ammettere un'origine più vicina alla compilazione, quando i lavori preparatorii e l'uso di materiali antichi doveva essere necessariamente più intenso. Così si spiegano agevolmente le coincidenze che si trovano fra i §§ 18, 20 dei nostri scolii e gl'indici corrispondenti tramandati dai Basilici. ¹⁾ Le due redazioni stanno fra loro in un rapporto di derivazione, che comunque si voglia intendere, è certo naturalissimo.

Ma gli scolii nostri se potevano, anche in questo periodo, avere una grande utilità per la scuola, non erano destinati alla pubblicità. Ciò si può agevolmente dedurre dal materiale in cui si trovano scritti e ci vennero tramandati. Il papiro nel sec. VI era stato omai sostituito dalla pergamena, ²⁾ e un commento esteso e pregevole di questo genere, se destinato al pubblico, si sarebbe di certo trovato su di un materiale più consistente.

5. Se il commento deriva, come è sicuro, dalla scuola ³⁾ non

1) Confr. cap. VI.

2) Birt, Das antike Buchwesen pag. 46 e seg., ed anche Landwehr, Archiv für Lateinische Lexikographie vol. VI pag. 419 e seg., per il quale il passaggio alla pergamena cominciò nel V. sec. si compì più lentamente.

3) Così Zachariä, Krüger, Alibrandi, Ferrini, Landucci, Karlowa, Kipp, Salkowski (Iustit. pag. 46).

è possibile d'altra parte far congetture riguardo agli autori. Non ho fondamento il supposto dell'Alibrandi ¹⁾ che, ricercando l'autore fra i più recenti antecessori di Berito, pensava ad Eudossio. ²⁾ A più forte ragione poi, per la impossibilità cronologica, si deve escludere che lo scrittore delle annotazioni indicato dalla sigla Sab. o Cab. possa essere quel Sabacius di cui parla Giustiniano nella Novella 35, secondo affermava ripetutamente lo Zachariä. Ma la critica su questo punto può essere soltanto negativa; poichè della successione degli antecessori di Berito sappiamo assai poco, ³⁾ quel tanto che si può ricavare dalla *Const. Tanta* § 9, utilizzata sul riguardo da tutti gli scrittori. ⁴⁾

6. I papiri a noi pervenuti contengono il solo commento greco all'opera di Ulpiano *ad Sabinum*. Il testo invece non è riportato.

Questo fatto, strano in sè e singolare, ha impressionato i critici e specialmente lo Zachariä ⁵⁾; il quale per spiegare del resto questa particolarità sagacemente ricorda che le opere di Ulpiano si trovavano in commercio scritte con le regole sticometriche, di maniera che le citazioni ed il commento, coincidendo gli esemplari fra loro foglio per foglio, linea per linea, si riferivano a tutti i manoscritti comodamente. ⁶⁾ Che nel commercio librario i varii esemplari d'un'opera si rinvenissero scritti in quella forma è un fatto noto ⁷⁾, e per questo lato quindi la spiegazione apparirebbe plausibile.

Ma fa proprio per il nostro caso? Certamente no ⁸⁾; perchè noi non troviamo mai indicato nel commento greco a quale foglio o linea, o perlomeno a qual libro (!) del testo commentato si riferissero gli scolii. Le citazioni appartengono alle annotazioni

1) O. C. pag. 450.

2) Contro anche Ferrini, Storia, pag. 132.

3) Confr. Bruns, Das Syrisch-röm. Rechtsbuch, pag. 327.

4) Confr. p. es. Huschke, Jurisprudentia pag. 863, 851.

5) Monatsberichte, cit. pag. 623.

6) Così anche il Krüger, Zeitschrift der S. S. IV pag. 30.

7) Confr. Birt, Buchwesen, pag. 157 e seg.; Krüger, Zeitschrift cit. vol. VIII pag.

81 Mommsen, Praefatio, pag. XI.

8) Contro anche Alibrandi, o. c. pag. 449.

principalmente, qualche volta si trovano anco negli indici, ma sempre per confronti con altre opere. Come si faceva dunque a rinvenire il passo latino corrispondente al riassunto greco? Perlomeno era necessario che fosse indicato il *libro* del commento ulpiano, e di una tale indicazione non vi ha alcun indizio nel manoscritto greco. La cosa quindi va spiegata diversamente. Secondo me il manoscritto a noi pervenuto rappresenta soltanto un estratto del commento greco. L'originale doveva contenere o le necessarie indicazioni, o direttamente il testo ulpiano. Questa spiegazione collima coi risultati che si ricavano dal presente lavoro; in quanto, se il commento fu riveduto dopo la compilazione nel sec. VI, naturalmente dovette essere allora ricopiato.

Ma nella ricopia non poteva più interessare di trascrivere il testo, dacchè vi era omai la compilazione ufficiale; il commento restava una cosa a parte per lo studio, per guida del professore nelle sue lezioni; e infatti noi sappiamo che il manoscritto in esame non era destinato al pubblico. Certo, trascrivere il testo dopo la compilazione di Giustiniano non avrebbe avuto senso. Così il Mortreuil ¹⁾ osservava che nell'epoca giustiniana i commenti apparivano alla luce in volumi indipendenti dal testo legale. Gl'indizii, su cui il Mortreuil fonda la sua congettura, non sono invero molti concludenti e nemmeno costanti; ma a me pare logicamente che non si possa concepire come un fatto costante o normale la riproduzione del testo ufficiale nei commentarii di quel tempo.

7. Il manoscritto sinaitico è assai mendoso, come fu avvertito in principio di questo lavoro. Per giunta poi regnano ancora molte incertezze su punti di importanza non lieve. Dalle notizie riferite da coloro che hanno osservati i papiri, il manoscritto si fa risalire alla fine del sec. V, principio del VI.

La forma dei caratteri, giusta le norme paleografiche, indica quel tempo; tuttavia nessuno potrà, come credo, trovare un ostacolo in questo per attribuire il manoscritto alla prima metà del sec. VI. come dovrebbe essere secondo le indagini fatte in questo lavoro, dacchè le osservazioni e le norme paleografiche non

1) Histoire cit. I pag. 164.

possono dare che criterii approssimativi, cioè per un intero periodo.

Riguardo alle incertezze è poi da notare. Il Dareste ¹⁾ aveva già annunciato che la maggior parte dei frammenti fossero scritti in lettere unciali, ma notava come singolari i frammenti dal numero VIII al X della sua edizione stati scritti in minuscolo, secondo egli riferiva. Invece dagli altri editori, quali lo Zachariä ²⁾, il Huschke ³⁾, si fa cenno soltanto dei caratteri unciali, come la forma costante della scrittura. ⁴⁾ Nè questo è tutto. Fu notato soltanto in seguito, che sei dei 20 frammenti si trovassero su fogli di papiro scritti d'ambo i lati. ⁵⁾

Ma questa stessa notizia, che pareva sicura, venne da ultimo messa in dubbio e contrastata dallo stesso Zachariä ¹⁾, che si avvale di una comunicazione del Prof. Gardthausen, il quale, esaminati sul luogo i papiri, dal fatto che gli stessi si trovano fissati su tavole con chiodi, ritenne poco probabile che potessero trovarsi scritti anche dall'altro lato.

Or tutte queste incertezze dovrebbero essere rimosse, perchè l'accertamento di questi dati, in un senso o nell'altro, avrebbe, contrariamente a quel che ritenne lo Zachariä, grande importanza. Nè io avrei a dolermi se una revisione più accurata del manoscritto venisse a infirmare in alcuni punti le mie deduzioni, che, per quanto solide sono e vogliono avere il valore di ipotesi.

Se queste ipotesi siano legittime, vedano i dotti.

Palermo, Aprile, 1898.

S. RICCOBONO

1) E questo già nella *Nouvelle Revue* cit.

2) *Monatsberichte*, cit. pag. 622.

3) *Iurisprudentia* pag. 815.

4) Questo dubbio del resto pare dissipato dallo Zachariä l. c., il quale afferma che soltanto la copia del Bernardakis era stata eseguita in parte in caratteri minuscoli.

5) Zachariä l. c. pag. 622 nota 1; Krüger *Collectio* pag. 267.

r) In questo *Bullettino*, vol. V pag. 9.

DUE NOTE DI DIRITTO ROMANO

All' amico e collega MUZIO PAMPALONI
insigne romanista

I.

Un importante punto di diritto antico è quello che riguarda la estensione della proprietà immobiliare allo spazio aereo sovrastante, e al sottosuolo. Hanno stupendamente scritto in proposito, fra molti, l'Ihering, il Coviello, il Gianturco, il Pampaloni, e il Gabba, dei quali il primo e il penultimo hanno trattata la questione più secondo il diritto romano, che secondo il diritto moderno. Gli altri, viceversa, più secondo questo (Cod. civ. ital. Art. 440) che secondo quello.

Questa Nota è di puro diritto romano, ed ha per oggetto di ricercare e di chiarire i principii veri che in quel diritto governarono il caso di cui essa si occupa. La ricerca non è nuova, ma il risultato, anche sotto la modesta forma di dubbio, vuol'essere specialmente osservato perchè risponde allo spirito del diritto giustiniano. Cinque osservazioni generali debbono farsi frattanto a questo proposito.

Prima. Essa riflette la necessità della regola, la quale estende la proprietà della cosa immobile al sopra e al di sotto della cosa stessa. È, e deve essere, di ogni diritto positivo. Non riesce cosa possibile l'immaginare il dominio di un'immobile qualsivoglia senza quella condizione. Ne verrebbe meno l'uso, la disponibilità,

e l'esclusività, che di ogni dominio sono la sostanza. Per lo che si può da ognuno asserire che la proprietà dello spazio aereo e del sottosuolo esiste come una conseguenza del dominio del suolo stesso, e che le leggi, formulandola in qualche articolo, altro non hanno espresso che un fatto necessario.

Seconda. Se tal vincolo di necessità passa fra questi due elementi del dominio d'un immobile; ciò significa che acquistando la proprietà del suolo, immediatamente si acquista la proprietà dell'altro elemento che abbiamo detto. Nè occorre per questo fine una speciale occupazione. E come si ha la proprietà di cinque o sei metri al di sotto della nostra superficie, senza che mai siasi scavato il terreno fino a quella misura, così si ha per cinquanta metri, tanto da potere scavare (suppongasi) un pozzo. Tosto che un luogo viene occupato, e sono ivi gettati, per esempio, i fondamenti di un edificio; la proprietà dell'aria che sta superiormente, la proprietà del terreno che giace inferiormente, si avvera. Un testo romano, trattando della superficie non separata giuridicamente, esprime questo pensiero " *Sic et in tradendo, si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret. Leg. 44. § 1 in fin. Dig. De obligat, et action. (XLIV. 7.)*

Terza. In conseguenza delle cose già osservate l'una e l'altra delle due proprietà s'immedesima in una sola, dipendente dallo stesso titolo, dallo stesso momento e dallo stesso nome. Eziandio questo concetto è romano. *Leg. 22. § 4. Dig. Quod vi aut clam (XLIII. 24) " . . . quia sepulchri sit non solum is locus qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id coelum: eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse.* Si considera tutto come sepolcro, dice il giureconsulto, e aggiunge che, sebbene lo stillicidio non cada proprio sul monumento, pur tuttavia è lecito lo adoperare l'interdetto *Quod vi aut clam*: il quale (notisi bene) per la natura sua *ad ea sola opera pertinet, quaecumque in solo vi aut clam fiant. Leg. 1 § 4. eodem.* Vedasi ancora la *leg. 13 § 1. Commun. praedior. (VIII. 4)* l'altra *leg. 77 De contrah. empt. (XVIII. 1.)* e le altre *leg. 77. De verbor. signif. (L. 16)* e *9. § 2 e 3. De usufr. et quemadmodum. (VII. 1.)* dove leggesi che i metalli o le cave non sono parti staccate e diverse, ma formano l'agro stesso.

(DE GIOANNIS, *Legislaz. delle miniere. Napoli 1870*, POGGI ENRICO, *Discorsi econ. e giurid.* Firenze, 1861. Pag. 39. 375.) Un singolarissimo passo delle Istituzioni torna pure a proposito del principio nostro; dappoichè ivi si dice essere dello stesso diritto il mare, e la terra, o l'arena che sta nel profondo del medesimo. *Instit. § 5. De rerum div.* (II. 1.).

Quarta. Oggi molti scrittori respingono questo concetto di proprietà sostituendo quello di un diritto o di una ragione diversa (vedasi, fra gli altri, *Ierings Jahrbücher etc. Iena 1898.* 155). Ma nel giure romano non si può impugnare. Non in quanto si ritenga lo spazio solo come oggetto di dominio, ma in quanto il diritto del fondo si estende allo spazio sovrastante, conservando la sua natura, il suo nome, e il suo titolo, come nella precedente osservazione abbiamo detto. La *leg. 22 § 4 Dig. Quod vi aut clam* dice esservi violato sepolcro anche se l'aria sola sopra il sepolcro è occupata. L'altra *leg. 21 § 2 eod.* che nell'Opera nuova tanto vale la misura del suolo, quanto dell'aria. E dalla *leg. 1 Cod. De interd.* (VIII. 1.) che vi sono degli interdetti speciali per l'invasione delle radici degli alberi altrui nel nostro terreno, uguali a quelli che servono a impedire l'occupazione dell'aria per mezzo dei rami.

Quinta. Non ostante siffatta unicità di diritto e di dominio, le leggi romane distinguono l'estensione di esso allo spazio superiore, dalla estensione alla terra inferiore. Rilevantissima è siffatta distinzione e raccomandata opportunamente dal Coviello e dal Gabba. Nelle leggi antiche essa si designa da questo che i testi trattano con formule speciali della disponibilità ed esclusività dello spazio aereo; mostrando che un diritto di dominio veracemente si estende allo spazio medesimo; laddove, quanto al sottosuolo, non parlano che degli effetti di un dominio che non è neppure discutibile, e delle varie sue condizioni nell'ordine privato e pubblico. *Leg. 21 § 2 Leg. 22 § 4. Dig. Quod vi aut clam* (XLIII 24) *Leg. 1 pr. e Leg. 24. De servit. praed. urban.* (VIII 2.) *Leg. 77, Dig. De contrah. emptione* (XVIII 1.). *Leg. 8, pr. Solutio matrim.* (XXIV 3.). *Leg. 18, pr. De fundo dot.* (XXIII 5.) *Leg. 3, Cod. De metall.* (XI 6.).

Siffatte cinque avvertenze opportunamente chiariscono la que-

stione, che forma l'argomento di questa Nota, e mettono sulla via di risolverla.

Si cominci pertanto per il nostro studio dal distinguere la proprietà del soprasuolo o dello spazio sovrastante all'immobile di cui si tratta, da quella del sottosuolo. Ora si discute intorno alla prima. Il principio di una vera proprietà, anzi di una sola proprietà relativamente allo spazio che si spande sopra un immobile è accertato dai testi; conforme di sopra abbiamo osservato. L'arbitrio di entrare nello spazio sopra il campo o l'edificio altrui, fu sempre stimato dai romani una usurpazione; anzi una violazione di possesso; come se fosse accaduta sulla stessa cosa materiale *Leg. 22. Quod vi aut clam* (XLIII 24). *Leg. 1 § 4 eodem*. La qual cosa risulta vie più chiara se si riflette alla frase che, per casi simili, usano le leggi: *jus tibi non esse*. La quale puntualmente dimostra l'arbitrio e la usurpazione. *Leg. 14 e 17. Dig. Si servit. vindic.* (VIII 5.). Il principio di una proprietà vera non soffre adunque alcuna incertezza. Il dominio dello spazio è come il dominio della cosa materiale; ma con questo formante un dominio solo, dipendente dallo stesso titolo e dalla stessa legge. Di questo punto peraltro, che abbiamo stimato opportuno di ripetere, e che fu già dimostrato, or non si deve più trattare; ma del limite che questa proprietà può avere secondo il diritto romano.

Ora che un limite fosse ammesso da questo diritto non si può mai negare; imperocchè gli antichi giureconsulti, profondi e pratici, come erano, non idearono certamente la proprietà degli spazi aerei interminabili. Vero che la *Leg. ult. § 4. Quod vi aut clam* (XLII, 24) usa la frase *omne coelum*, e la *Leg. 24. De servit. urban. praed.* (VIII 2.) dice di poter sopraedificare *in infinitum*; ma le dette espressioni non sono che espressioni figurate. In specie il dettato *in infinitum* non significa in molti casi che il non determinare *a priori* limiti e confini, *Leg. 4. § 2. De in lit. jurisjur.* (XII 3.) *Leg. 9. De servit.* (VIII 1.), ma non esclude i limiti che poi si aggiungono sempre all'idea di una qualunque proprietà. Adunque si comprese che ci dovevano essere dei limiti a questa proprietà, anco dai romani. Ma essi non li descrissero. Dovevano forse descriverli e stabilirli in un modo speciale? No davvero. Il definire cotesti limiti *a priori* è cosa impossibile; e i romani legislatori non ci

pensarono neppure. E non ci hanno pensato, e non hanno potuto pensarci neppure i legislatori moderni. La indeterminatezza della regola, qui, come in altre parti del diritto, deriva da necessità di fatto e da sapienza giuridica.

La quale osservazione sembra di qualche rilievo; imperocchè la indeterminatezza della regola, stimata già da qualche scrittore recente un difetto della legge, o dell'art. 440 del codice civile italiano, si deve giudicare necessaria, perchè la legge sa che ci debbono essere i limiti, mai non li può porre *a priori*.

Se non che anco siffatta indeterminatezza della regola non esclude i naturali confini di ogni proprietà; i quali sono le condizioni della sua civile esistenza. Essi si trovano in qualunque caso, e derivano dalla natura delle cose, e dai rapporti sociali. Di quelli nascenti dalla prima cagione non occorre parlare, essendo per se stessi troppo chiari. Solamente notiamo che l'uso possibile delle cose, a conoscenza d'ognuno, si può mutare ed estendere variamente; onde questi confini possono essere diversi nei diversi tempi. Quanto poi ai limiti derivanti dall'altra cagione, di questi è appunto che si deve parlare, ricercandoli, se vi sono, nell'antico diritto.

I romani, abbenchè non conoscessero nè i globi aereostatici che traversano gli spazi, nè i fili telegrafici che si distendono sopra i tetti delle case si avvennero in alcuni casi, nei quali fu loro mestieri di dichiarare il limite o la restrizione di questa forma di dominio.

E questo limite non fu l'obbligo del vicino di *nihil immittere in alienum*, nè quello di evitare il danno, o di non nuocere a qualche interesse; dappoichè vi sono parecchi casi nei quali i giureconsulti hanno ammesso che si soffra dal proprietario qualche piccolo pregiudizio, senza che vi sia ragione di lagnarsi. La *leg. 22 § 4. Quod vi aut clam.* (XLIII 24.) a modo d'esempio stabilisce che anche un semplice *porrectum* altrui, rispondente allo spazio che si distende sopra un sepolcro, deve essere vietato; mentre la *Leg. 17 § 1 Si servit. vindic.* (VIII 5) giudica tollerabile la piccola sporgenza della parete confinante. Trattandosi adunque nel caso nostro non d'immissione, o di danno, ma di una restrizione o di un limite della proprietà, desunto da diversissi-

me ragioni od occorrenze di convivenza sociale, altro deve essere stato presso i romani il concetto o il criterio che lo determina.

Ed eccoci ad esporre modestamente il nostro dubbio circa alla teorica giustiniana in proposito.

Sappiamo non potersi negare ai romani il concetto della estensione all'aria del diritto del fondo. È necessità assoluta. Nè potersi negare il concetto di limite; il quale peraltro *a priori* non può determinarsi; nè esso, nè le sue varie condizioni. Ma almeno una guida pratica i romani la ebbero in tali casi. Noi crediamo di trarre da una legge, che questa guida del limite, necessario al pari della regola, fu molto sapientemente detto essere la equità.

Leg. 1 Cod. De interd. (VIII. 1.) “ Cum proponas, radicibus
“ arborum in vicina Agathangeli area positis crescentibus, fun-
“ damentis domus tuae periculum afferri: Praeses ad exemplum
“ interdictorum quibus ostenditur nec per arboris quidem
“ occasionem vicino nocere oportere, rem ad suam aequitatem
“ rediget „.

E veramente il limite si trova nella *equità*, la quale così spesso servì ai romani per le loro applicazioni giuridiche. Lo mostra la citata *Leg. 1 Cod. De interd. (VIII 1.)*. La quale risolve il seguente caso proposto al giudizio imperiale. Le radici di un albero di Tizio, si estendono sotto l'area del vicino, e noccono ai fondamenti della casa di questo. Come si provvede? L'imperatore risponde che il Preside deve prendere ad esempio gli interdetti pretorii: *Si arbor in alienas aedes impendebit*, e *Si in alienum agrum impendebit*, i quali assicurano che per ragione di alberi non si deve mai nuocere al vicino. Ciò fatto, egli giudicherà della causa *secondo la equità propria*. Non mi pare che si possa intendere oppostamente la frase: *rem ad suam aequitatem r.diget*. Nè che il *suam* ad altro si possa riferire, che al giudizio del Preside; in tal guisa diretto dall'imperatore. Nè finalmente che in questo luogo la parola *aequitatem* significhi cosa diversa dai principii giuridici e razionali della *equità romana*.

I quali principii di equità (giova osservare anco questo) erano naturalmente accolti come i soli che potevano risolvere le questioni delle quali ora si tratta. La proprietà dello spazio aereo

era riconosciuta dalla legge; e riconosciuta senza un limite determinato *a priori*. Alla pari delle altre proprietà dovea poi essere rispettata; ma per la sua speciale natura occorre che dirimetto ad essa, la legge concedesse ad altri alcune speciali facoltà. Qual limite vi si pone? Unicamente l'equità del giudice che caso per caso considera il danno, l'incomodo, la convenienza sociale, e persino le esigenze dell'arte, per le quali i privati tante volte soffrono pregiudizi non lievi.

Un tal principio, o tale accomodamento pratico d'interessi seguito, o da seguire anche oggi dai Giudici, noi adunque crediamo, o dubitiamo, fosse per la dottrina romana contenuto nella gran norma della equità imposta per un caso dalla legge del Codice sopra citata.

Ed ora, passando alla proprietà del sottosuolo, considerata in diritto romano, vale lo stesso ragionamento; anzi vale con maggior chiarezza per due motivi. L'uno è che questo speciale dominio, avendo un oggetto assolutamente materiale, più facilmente si riconosce. L'altro, che, potendosi fare per tanti modi e tante ragioni l'invasione di questa proprietà, è proprio impossibile trovare dei limiti dipendenti da regole fisse, e quindi è necessario di riuscire all'equità del giudice, sotto cui si raccolgono i casi, le intenzioni, le circostanze di ogni specie dei fatti giuridici.

Noi abbiamo già trovata questa massima nella *Leg. 1 Cod. De interd.* (VIII 1.) e l'abbiamo applicata alla proprietà dello spazio aereo, per la innegabile ragione che in essa si prendono a modello gli interdetti dei rami degli alberi, che sono cose riguardanti la colonna sovrastante dell'aria e il soprasuolo. Ma senza dubbio si può prendere come norma della proprietà del sottosuolo; dappoichè il caso ivi considerato è puntualmente di una invasione dell'altrui sottosuolo. Ebbene: ormai lo sappiamo. Eziandio in questo caso il Preside *rediget rem ad suam aequitatem*. Invero, per decidere del caso proposto la legge, o l'imperatore, non propongono altra ragione che questa: per mezzo dei propri alberi non si deve mai nuocere al vicino. Ma come si eviterà questo? e dentro quali limiti si ammetterà, o no, il danno? Lo dirà il giudice colla sua equità.

Dirà cioè se basta la *cautio damni infecti*, se conviene di ordinare il taglio delle radici, se anche l'albero dovrà essere sradicato, o se nulla di tutto questo occorre di fare. Senza alcun dubbio il penetrare delle radici dell'altrui albero nel mio è sempre considerato come invasione della proprietà del sottosuolo, alla quale il vicino non ha alcun diritto: *agere licebit non esse ei jus, sicuti tignum aut protectum, immissum habere. Leg. 6. Arb. furtim caes.* (XLVII 7.) Al tempo stesso l'equità vuole che il proprietario del terreno occupato non tagli di suo arbitrio esse radici: *recidere eos vicino non licebit*; ma tratti con i contrari del modo più conveniente di evitare danni e pericoli, e il giudice elegga il meglio, sicchè quei danni non si cagionino da una parte e dall'altra.

Può dirsi lo stesso in ordine alle cave ed alle miniere; per le quali è riconosciuto il diritto a qualunque profondità nel padrone del suolo. Naturalmente il pubblico interesse a questo diritto ha fatto porre un limite d'indole del tutto particolare; ma il riguardo al padrone del terreno è sempre mantenuto. *Leg. 13 Dig. Comm. praed.* (VIII 4.) *Leg. 3 Cod. De metallar. et metall.* (XI. 6). Sono questi, indicati dai testi, evidentemente limiti espressi, imposti dalle leggi positive per pubblica utilità; ma, intendasi bene, nel diritto romano non valgono come prove che sia disconosciuta o negata la proprietà del sottosuolo: al contrario come prove che la legge positiva ha vincolata e ristretta per utile pubblico cotesta vera proprietà; e come prove che, dove non esiste la legge positiva di pubblico interesse, si deve determinare l'esercizio della proprietà del sottosuolo (nel contrasto di chi vuole in qualche modo occuparlo) secondo le ragioni della equità misurate dal magistrato giudicante.

Sembra che questa sia in proposito la dottrina romana. Per la quale avvi la regola della proprietà vera e legale dello spazio aereo e del sottosuolo.

I giureconsulti non han posto limiti; nè potevano metterli. La possibilità dell'esercizio innanzi tutto è limite naturale per se stesso; poichè la impossibilità è fuori del diritto. Gli altri limiti poi, anco in giure romano, non sono che restrizioni di una proprietà esistente, derivanti dai rapporti sociali, talora di pub-

blico interesse, tal'altra di contrasti privati. I primi il diritto romano talora (specialmente in questo caso del sottosuolo) li risolve con leggi positive, i secondi, o quelli dei primi non considerati dalle leggi positive, colla bella frase o regola *redigere rem ad suam aequitatem*.

Noi abbiamo creduto questo. Almeno in tante discussioni che oggi si fanno su questo punto, abbiám creduto di proporre il dubbio che i romani insegnassero a risolvere, caso per caso, tali questioni secondo la loro sapiente equità.

II.

La *leg. 13 § 6 De rebus dubiis* (XXXIV.5.) contiene molte difficoltà; nè sembra che si possa spiegare puntualmente. Il Cujacio ne riferisce un supposto significato in due luoghi (*Vol. VII. Col. 2351. e III. Col. 1534. Ediz. Prato 1837*). Il Pothier pure ne tratta (*Pand. De legat. et fideicom. N. 269. Venezia, 1834*). Ed ancora l'Ottone e il Meermann (*Meermann, Novus Thesaur. I. 398. Athanas. Oteyza Paralipomen. Cap. VII*). Nel Meermann si legge che questo frammento è veramente arduo a intendersi; ma lo scrittore pensa di dichiararlo, osservando che esso ha una tessitura di fili sottilissimi, ma da ogni parte può dirsi *elegantiam, prudentiam, justitiam reddens*. Il Fabro peraltro, della cui grande autorità nessuno dubita, in lunghe pagine rimprovera Giuliano; anzi, come fu scritto, lo dilania crudelmente.

Questa legge in alcune antiche edizioni, ed anche in quella di Lipsia del 1829 è la 14^a. Nelle odierne la 13^a. In Torelli e in Mommsen la 13^a del Titolo. Si legge in queste ultime: *si quis mihi filius aut filia genitur*. Nelle edizioni Aloandrine, ed in altre, *gignetur*. Omai si mantiene la parola *genitur*, che si trova anco nella edizione di Gottinga, ma tuttociò non produce nè difficoltà, nè profonda differenza nella legge.

Riportiamo ora il testo del frammento secondo l'edizione mommseniana. § 6. *Item si pater familias in testamento ita scripserit: " Si quis mihi filius aut filia genitur, heres mihi esto. Si mihi filius aut filia heres non erit, Sejus heres esto „ non satis voluntatem suam declaravit, si non aliter extraneum heredem esse volet, quam si neque filius neque filia heres sit: hoc enim modo*

concupi oportet: " Si mihi neque filius neque filia heres erit „. Potest autem interdum superior scriptura esse necessaria, si quis, cum filiam habeat, utrumque heredem instituere velit, sed sive alter heres futurus sit, extraneum miscere, sive neuter, extraneum substituere. Sed proclivior est sententia testatoris sic esse interpretanda, ut, sive filius, sive filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur „.

Premesso il testo, scendiamo alla interpretazione, la quale potrà riuscire più agevole a tentarsi, se il testo medesimo si divide in due parti, determinate da due casi diversi.

Prima parte. Eccone il sunto, comprendendo in esso il § 5 precedente. Chi vuole nella stipulazione dedurre molte cose, ma gli basta che se ne faccia una, deve dire *illud aut illud fieri spondes? Si nihil eorum factum erit, tantum dabis?* Parimente (*Item*) se un padre di famiglia scrive nel testamento: *si quis mihi filius aut filia genitur heres mihi esto: Si mihi filius aut filia heres non erit, Sejus heres esto*, allora non riesce chiara la sua volontà, imperocchè non si sappia se Sejo deve essere erede quando ne manca uno dei nominati, o quando mancano ambedue. Bisognava che dicesse: *si mihi neque filius, neque filia heres erit*. Solamente disponendo così, si poteva intendere che la sostituzione doveva aver luogo nel detto unico caso.

In verità questa prima parte della legge non riesce facile alla spiegazione: infatti il caso considerato è quello in cui il padre di famiglia non abbia figli; ma, testando e temendo di morire quanto prima, pensi che la moglie sua è incinta: onde avrà un figlio od una figlia che sarà erede o dovrà avere un sostituto. La fattispecie non può essere ricostruita diversamente.

Anche la Glossa, in sostanza, intende il fatto come qui si mette. Eccone le parole: *Titius ita scripsit in testamento suo et decessit. Postea natus fuit ei filius ex uxore pregnante*. Tale adunque il caso proposto; cioè il caso di un testatore che non ha figli, ma che ne spera uno, riguardo al quale dubita soltanto del sesso.

E non si opponga a questo concetto che la particella disgiuntiva *aut* si può prendere per copulativa, e per conseguenza il fatto proposto apparisce diverso da quello che ora qui è stato esemplificato; potendosi credere che il testatore abbia voluto u-

sare l'*aut* per l'*et*. *Leg. 4 Cod. De verb. et rer. signif.* (VI. 38). No; non si può ammettere; imperocchè questa ultima citata legge non riguarda che il dubbio fra due o più persone, tutte chiamate, l'una o l'altra, al legato, alla tutela etc. In tal caso la particella *aut* ripetuta rivela incertezza della persona; e perciò nullità di disposizione; per salvar la quale appunto fu detto nella indicata legge che la particella surriferita si spieghi in forma copulativa, e tutte le invitate persone siano ammesse, come quelle che in sostanza non sono escluse. "*Sed haec quidem sancimus cum in personas hujusmodi proferatur scriptura. Sin autem una quidem est persona, res autem ita derelictae sunt: illam aut illam rem tibi do lego tunc secundum veteres regulas et antiquas definitiones, vetustatis jura manean incorrupta etc.* *Leg. 4. cit. Cod. De verb. et rer. signif.* (VI. 38.).

Adunque è da ritenere che nella nostra legge l'*aut* sia disgiuntivo, e non manifesti che il dubbio del sesso.

Ma vi è di più. Occorre avvertire non potersi nemmeno pensare l'altro caso della nascita di un figlio ed una figlia, sotto la forma di nascita doppia. *Leg. 30 § 6. De adquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2). CARRANZA, *De pactis etc. Cap. VIII n. 5*. Nè quello di più figli da nascere successivamente in un lungo tempo posteriore al testamento; imperocchè contrastano con i due rapporti le parole stesse della legge. *Si quis mihi filius aut filia genitur* è condizione che contiene una sola, non più nascite; e l'altra parte del discorso: *heres mihi esto* addimostro del pari che si tratta di un sol nato; non di più.

Dalle parole della legge sottoposta a questo esame risulta adunque il fatto da giudicare tale quale noi lo abbiamo supposto. Ma, ciò ammesso, che ci ha che fare l'*item* evidentemente aggiunto dai compilatori? E come può dirsi oscura la volontà del testatore colto dal timore di una morte vicina, che dispone così: se mi nasce un figlio, o se, invece di un figlio, mi nasce una figlia, chi sia dei due, abbia la mia eredità: se non nasce, o non è erede, sostituisco Sejo? Finalmente perchè si crede necessario il dire: *si mihi neque filius neque filia heres erit*, all'oggetto di evitare il concorso del sostituito con un figlio sopravvissuto, mentre l'esempio considera un figlio od una figlia unica?

La risposta, che sola sembra possibile, è quella che dai compilatori non è stato descritto il fatto puntualmente, nè forse rettamente copiato dalle opere di Giuliano, nè forse tolto da manoscritti bene collazionati. Anche il LENEL, *Paling. Ad. h. l.* ha notato l'alterazione delle ultime parole di questo frammento.

Invero il giureconsulto qui avrebbe detto necessario il *si mihi neque filius neque filia heres erit* per evitare la sostituzione: ma allora sarebbe stato pur necessario che nel fatto ci fossero un figlio e una figlia, ambedue eredi, e che il testatore non volesse in nessun modo la sostituzione ad uno di essi. Ma abbiám veduto che il presupposto non è tale; anzi è contrario.

Ed ora passiamo alla seconda parte; la quale è veramente staccata dalla prima. E, quasi a mostrare di nuovo che nella prima si parla di un figlio solo, o maschio o femmina, di cui si prevede la nascita, prendesi in questa seconda parte l'esempio opposto; cioè di quello che *filium et filiam habeat*; e, non un solo erede, ma *utrumque heredem instituere velit*. Allora se vuole evitare che il sostituito concorra con uno di essi, gli è necessario di usare la formula anzidetta *si mihi neque filius neque filia heres erit*. Quando non è stata usata, può farsi luogo al concorso ed alla parziale sostituzione. Se non che in tal modo, dice Giuliano non deve essere interpretato il testamento. Deve invece sostenersi che l'estraneo non si ammetta a succedere se sopravvive o il figlio o la figlia sola, ove il testatore non abbia apertamente dichiarato di volere il contrario.

Siffatto esempio e siffatta risoluzione facilmente si comprende. Non accade che s'incontrino ostacoli per questa parte seconda della legge, come per la prima. Le regole del diritto sono chiare e sicure e la interpretazione ardita vien dalla legge e dalla equità. Il dettato però neppure in questa seconda parte torna tutto preciso: imperocchè mentre come vedemmo, vi si fa l'esempio di chi *filium et filiam habeat*, e di chi *utrumque heredem instituere velit*, si soggiunge in fine *sive filius sive filia nati ei fuerint*.

Sorgono adunque da ogni parte difficoltà per chi vuole spiegare questo intiero § 6 della leg. 13 *De rebus dubiis*: onde è ragionevole e giusto il credere che è stato mal tradotto o mal co-

piato dalle opere di Giuliano, o mal trascritto dipoi dai copisti. Riesce affatto impossibile il ristabilirlo. Solamente vuolsi osservare che i due casi del § 6 debbono essere stati, l'uno di chi non ha figli, l'altro di chi li ha. Si pensò a determinare il modo, nell'uno e nell'altro, per cui dedotti tutti i figli nella disposizione, si stabilisse con sicurezza che il sostituito non sarebbe ammesso a succedere finchè di quei figli ne esistesse uno.

I fatti sono malamente espressi. Ma in sostanza si conchiude che, per evitar dubbi, bisogna che il testatore adoperi apertamente una certa formula. Peraltro, anche nel silenzio di lui, deve prevalere una interpretazione favorevole ai figli; a meno che, in luogo del dubbio che la mancanza della suddetta formula fa nascere, ci sia la chiara volontà opposta del testatore.

Pisa, 4 Ottobre 1898.

F. BUONAMICI

NECROLOGIE

Levin Goldschmidt. -- Il 16 Luglio 1897 la scienza del diritto in generale, e soprattutto la scienza del diritto commerciale soffriva per la morte di L. Goldschmidt una perdita irreparabile. Al nostro Istituto era rapito uno dei suoi più illustri soci onorari.

Egli era nato a Danzica il 30 Maggio 1829. Negli anni 1847-1851 fece gli studi superiori nelle Università di Berlino, Roma, Heidelberg, e poi di nuovo Berlino. Il Keller in Berlino, il Mittermaier in Heidelberg furono i maestri, che esercitarono su di lui maggiore influenza. Nel Maggio 1851, in Halle, il Goldschmidt conseguì la laurea dottorale con la dissertazione *de societate en commandite*. Dopo quasi quattro anni passati in Danzica tra le occupazioni pratiche e gli studi teorici, egli ottenne la libera docenza in Heidelberg con un lavoro di diritto marittimo: *Untersuchungen zur l. 122 § 1 D. de V. O. 45, 1* nel Giugno 1855. Nella medesima Università egli divenne professore straordinario nel 1861, ordinario nel 1866. La compagnia di uomini insigni nella scienza, il giovanile ardore negli studi del diritto commerciale, nei quali egli incominciò a segnare una nuova splendida via, la felicità domestica con la moglie Adele Hermann di Danzica, alla quale egli si era unito nel 1856, resero a lui cari e alla scienza proficui gli anni passati in Heidelberg. Ivi egli incominciò nel 1858 la pubblicazione della *Zeitschrift für das ge-*

sammte Handelsrecht con un programma, che conteneva profonde innovazioni nel metodo fin allora tenuto dagli studiosi del diritto commerciale; ivi pure con una lunga e splendida serie di scritti teorici, pratici e legislativi egli accrebbe fama al suo nome, e con la pubblicazione del 1. volume, del suo *Handbuch des Handelsrechts* (1864-68) pose, si può dire, la prima pietra del maggior suo monumento. Nell'Aprile 1870 egli, in forza di una disposizione di legge scritta quasi esclusivamente a suo riguardo, fu chiamato a far parte del supremo tribunale commerciale dell'Impero in Lipsia. Indi nel Luglio 1875 passò a Berlino ad occupare la cattedra di diritto commerciale nella maggiore università della Germania. La sua straordinaria attività scientifica dovè arrestarsi nel 1892; da quel tempo in poi la sua salute più non si riebbe, e la sua morte pur troppo non giunse inaspettata.

Delle sue singolari virtù come uomo e come scienziato, della straordinaria opera da lui compiuta nel campo del diritto commerciale disse assai bene il RIESSER in una affettuosa e dotta commemorazione tenuta dinanzi alla Società giuridica di Berlino e recentemente pubblicata (1); nella quale è chiaramente delineata la figura del Goldschmidt di fronte all'altro corifeo del diritto commerciale in Germania, il Thöl.

Il Thöl tutto intento alla logica elaborazione del diritto, alla chiara concezione, alla concisa ed esatta formulazione

(1) *L. Goldschmidt*. Gedächtnissrede gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 13 November 1897 von Iustizrat Dr. RIESSER. Berlin, Liebmann, 1897. Un sunto se ne può leggere nella *Temi Veneta* 1897 n. 49 p. 613 ss. Un breve cenno necrologico fu letto dal VIDARI all'Istituto lombardo (Rendiconti serie II Vol. XXX). Un'ampia necrologia scrisse poi il PAPPENHEIM nella *Zeitschrift f. d. ges. H. R.* Un saggio sulla *Opera scientifica di L. Goldschmidt* pubblicò il SACERDOTI nel vol. III p. 65 segg. degli *Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer* Torino, Bocca 1898.

dei principii, alla retta e talora quasi inflessibile deduzione delle conseguenze; il Goldschmidt sapiente ricercatore delle origini e dello svolgimento storico degli istituti da lui concepiti come in progressivo movimento, indagatore dei nessi del diritto con l'economia e con gli altri rapporti sociali, espositore più erudito e più abbondante.

Io qui non parlerò dell'opera del Goldschmidt come commercialista, nè dei suoi lunghi e gravi lavori relativi all'ordinamento degli studi giuridici in Germania. Ai cultori del diritto romano ricorderò soltanto i titoli insigni di lui come romanista.

La miglior prova della pratica utilità di un profondo studio del diritto romano si ha nel fatto, che i due maggiori commercialisti tedeschi furono entrambi forti romanisti, e dovettero a questa loro qualità gran parte del loro valore nel diritto commerciale. Ma mentre il Thöl dalla logica natura della sua mente e dalla dogmatica cognizione del diritto romano era portato a dare a questo un'importanza in qualche caso soverchia, il Goldschmidt più equo apprezzatore dei rapporti storici si serviva della larga sua dottrina per giudicare fino a qual punto in ciascun caso convenisse attenersi al diritto romano. Poichè, non è inutile il ripeterlo, un serio studio del diritto romano ci deve insegnare tanto ad applicarne i principii là dove possono ancora valere, quanto a riflutarne l'applicazione agli istituti giuridici, la cui mutata natura richieda regole diverse.

Il Goldschmidt continuò sempre a prediligere l'esegesi delle Pandette, e tenne nell'Università berlinese corsi di esercitazioni esegetiche, nei quali spiegava tutto l'acume e la dottrina della sua mente dimostrando come il diritto si debba applicare ai rapporti della vita pratica. Quasi in tutti i suoi lavori il diritto romano direttamente o indirettamente tiene una gran parte. Il suo *Handbuch des Handelsrechts*, che pur troppo resterà incompleto, se è indispensabile al commercia-

lista, non può certamente trascurarsi dal romanista, che non solo vi imparerà in qual modo il diritto romano può giovare al più vivo diritto odierno, ma vi troverà frequentemente sagge interpretazioni, osservazioni nuove e profonde. Il capitolo dedicato al diritto romano nella *Universalgeschichte des Handelsrechts* (1. parte della 3. ediz. del *Handbuch*) pagine 58-94 illumina di viva luce il valore intrinseco del diritto privato di Roma in generale, ed è senza dubbio la miglior cosa che si sia scritta sul diritto commerciale romano.

Delle altre opere del Goldschmidt quelle più da vicino relative al diritto romano sono, oltre la dissertazione sulla l. 122 § 1 de V. O. più sopra ricordata, le seguenti: *Von der Verpflichtung der Unmündigen* (Archiv f. civ. Praxis 39 p. 417-459); *der Kauf auf Probe oder auf Besicht* (Zeitsch. f. ges. HR. 1, 66-132; 262-375; 386-456; 554-558); *Das receptum nautarum cauponum stabulariorum* (Zeitsch. 3, 58-118; 331-385); *über l. 11 § 6. 7. D. quod vi aut clam* (Jahrb. des gem. deutschen Rechts 5, 132-136); *über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nießleigenthümer etc.* (Zeitsch. 8, 225-343; 11, 1-74); *über den Einfluss von Theilzahlungen eines Solidarschuldners etc.* (Zeitsch. 14, 397-441); *über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen* (Zeitschr. 16, 287-382); *über die Stälthaftigkeit der aeditischen Rechtsmittel beim Genuskauf* (Zeitschr. 19, 98-122); *zur Geschichte der Seeversicherung* (Juristische Abhandlungen. Festgabe für G. Beseler, 1885); *Studien zum Besitzrecht* (Festgabe für R. Gneist, 1888); *Haupt- und Nachbürge, Mitbürgen, auxilium divisionis und cedendarum actionum. Theilzahlung* (Jahrb. di Ihering 26, 345-398); *Lex Rhodia und Agermanament* (Zeitschr. 35, 37-90, 321-397); *Inhaber- Order- und exekutorische Urkunden im klassischen Alterthum* (Zeitschr. d. Savigny- Stiftung f. RG. 10, 352-396). Il Riesser poi ci dà notizia di un lavoro sul possesso *Prolegomena zur Besitzlehre* scritto nel 1884, ma non ancora pubblicato.

V. SCIALOIA

Franz Hofmann — Il 25 ottobre 1897 moriva, dopo parecchi anni di sofferenza, il professore Franz Hofmann dell'Università di Vienna, nostro socio onorario.

Era nato il 20 Giugno 1845 e Zdaunek in Moravia. Compiuti gli studi universitari a Vienna, ov' ebbe a prediletti maestri l' Arndts e l' Unger, si recò a perfezionarsi a Gottin-ga specialmente sotto la guida del Thöl. Nel luglio 1868 conseguì la libera docenza in diritto romano nell' Università viennese con la dissertazione sul pericolo nella vendita, da lui pubblicata due anni dopo, e nel 1869 acquistò la *venia legendi* anche nel diritto privato austriaco, nel diritto commerciale e cambiario. Indi nel marzo 1871 fu nominato professore straordinario di diritto austriaco e romano, nel 1877 fu promosso ordinario di diritto austriaco e comune. Dal 1885 era socio corrispondente, dal 1890 socio effettivo della Accademia delle scienze di Vienna. Al nostro Istituto apparteneva fin dal 1888, eletto così per l' insigne suo valore scientifico, come per la singolare simpatia da lui dimostrata verso gli italiani cultori del diritto.

La sua attività come insegnante e come scienziato si svolse in un campo molto largo. Era spirito acuto, bene equilibrato, elegante, forte di una vasta dottrina, conoscitore di molte lingue e perciò capace di giovare dei libri tedeschi, come dei francesi, degli italiani, degli inglesi, degli spagnoli, degli scandinavi, dei boemi e degli sloveni. Amante delle belle lettere, pubblicò anche un volume di poesie sotto lo pseudonimo di Heinrich Falkland (*Gedichte* 2^a ediz. Wien 1874). Di nobile e affettuoso carattere fu molto amato dai giovani: fu dedito agli affetti famigliari avendo sposata nel 1871 la signorina Ludmilla Czermak. Quale ei fosse verso gli amici ben dimostra la sua inalterata relazione con l' insigne prof. L. Pfaff suo collega e compagno in tanti lavori per molti anni.

Delle sue opere parecchie hanno carattere storico e trattano di diritto greco, romano, germanico e austriaco, altre

son rivolte alla critica delle dottrine e allo svolgimento teorico del diritto romano, comune e austriaco. Principale fra tutti il *Commentario del codice civile austriaco* in collaborazione con lo Pfaff, che pur restandolo incompleto è una delle più importanti opere di diritto moderno. Al Commentario vanno uniti parecchi fascicoli di particolari più ampie dissertazioni sotto il titolo di *Excuse*, fra le quali mi piace qui ricordare quella sulla retroattività (*Die zeitliche Grenzen der Wirksamkeit der Privatrechtsnormen*. 1889), che costituisce una delle opere più importanti sull'argomento, e contiene un degno apprezzamento del nostro Gabba, e quella sulla storia dei fedecommissi (*zur Geschichte der Fideicommissa* 1884), nella quale con singolare dottrina si dimostra come l'istituto del maggiorasco sia d'origine spagnola e dalla Spagna sia stato poi introdotto in Italia e in Germania appoggiandosi ad altri istituti preesistenti.

Degli altri scritti giuridici del Hofmann non posso dare un elenco completo, ma giovandomi soprattutto delle notizie contenute nell'articolo necrologico pubblicato dal prof. Pfaff nella *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 1897 n. 45 p. 356 seg. ne darò una nota, nella quale non credo che possano mancare scritti di molta importanza. *Ueber das Periculum beim Kaufe* 1870; *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts* 1870; *Ueber den Verlobungs- und Trau-ring* 1870; articolo *über dingliche und persönliche, absolute und relative Rechte* nella *Gerichts-Zeitung* 1870 n. 9, 10; articolo *über das Wesen der Servituten* nella *Gerichts-Zeitung* 1870 n. 40; *Zur Theorie des Pfandrechts* due memorie nei *Jahrbücher* di Ihering 1871; *Die Lehre vom Titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis* 1873; *die Zahlenspielererei in der Eintheilung der Digesten* nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* XI, 1873; *zur Beerbung der liberta* *ibid.*; *Zum pr. I. de codicillis* II 25 *ibid.*; *der erste nordische Juristentag* nella *Gerichts-Zeitung* 1873 n. 15; *Die Entstehungsgründe der Obligationen* 1874; *zur Zahlenmystik Iustinians* nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* XII, 1874; *Zur Beerbung und Arrogation des libertus* *ibid.*; *die Pränota-*

tion des Pfandrechts nach § 453 des a. b. G. B. nella *Zeitschrift* del Grünhut, I 1874; *Der Unterhalts-Anspruch des überlebenden Gatten nach § 796 a. b. G. B.* *ibid.*; *zur Frage nach der Restitution einer durch Schulderlass bestellten Dos* *ibid.*; *Wesen und Wirkung des Erbverzichtes und des Erbvertrages* nella stessa *Zeitschrift* III, 1876, e nella *Gerichts-Zeitung* 1876 n. 96-98; articolo necrologico sopra Arndts nella *Zeitschrift* del Grünhut VI, 1879; articoli *Bona fides*, *Causa*, *(Familien) Gewalt* insieme col prof. Pfaff nel *Lexikon* di Holtzendorff 3. ediz.; *Schenkungen unter Gatten und Brautleuten* nella *Zeitschrift* del Grünhut VIII, 1881; *zur Lehre vom beneficium inventarii und von der separatio bonorum* *ibid.*; *über Lebensversicherungspolizzen* nei *Jurist. Blätter* 1882 n. 35-37; *Kritische Studien im römischen Rechte* 1885; *Fragmentum de formula Fabiana* 1888, insieme col prof. Pfaff; *Verwandschaft und Familie*, lettura all'accademia di Vienna, 1891; articolo *Fideicommiss* nell'*österreichische Staatswörterbuch* 1894; numerose recensioni specialmente di trattati di diritto romano nella *Zeitschrift* del Grünhut I-XI, XIV, e finalmente col prof. Pfaff la cura delle edizioni 10 a 14 delle Pandette dell'Arndts.

V. SCIALOIA

INDICE DEL VOLUME IX

(1 8 9 6 - 9 8)

V. SCIALOJA. — Legge Municipale Tarentina . . .	Pag. 7
G. VENEZIAN. — Sulla l. 3 § 2 D. <i>quibus modis ususfructus amittitur VII, 4</i> . . .	" 23
V. SCIALOJA. — Sul testamento di C. Longino Castore. — Brevi note aggiunte . . .	" 36
G. PACCHIONI. — Contributo critico alla dottrina delle azioni <i>negotiorum gestorum</i> . . .	" 50
V. SCIALOJA. — Correzioni ed aggiunte all'articolo sulla legge Municipale Tarentina . . .	" 88
H. FITTING. — Le formule procedurali nella seconda appendice delle <i>Exceptiones Petri</i> . . .	" 89
O. GRADENWITZ — L'importanza delle preposizioni nel linguaggio giuridico, dimostrata dai papiri egiziani . . .	" 98
N. VOIGT. — Sul Senatoconsulto di Marco Aurelio del 176 relativo al diritto successorio . . .	" 106
G. PACCHIONI — Una nuova ricostruzione dell' Editto Pub- bliciano . . .	" 118
V. SCIALOJA — Alcuni testi e documenti giuridici . . .	" 136
V. SCIALOJA — Alcuni testi e documenti giuridici . . .	" 169
S. RICCOBONO — Gli scolii sinaitici . . .	" 217
F. BUONAMICI — Due note di diritto romano. All'amico e collega Muzio Pampaloni insigne roma- nista . . .	" 301
Recensioni. — Vocabularium iurisprudentiae romanae (rec. V. SCIALOJA). . .	" 41
EISELE. — Beiträge zur römischen Rechts- geschichte (rec. P. BONFANTE). . .	" 143
P. BONFANTE — Istituzioni di diritto roma- no (rec. S. PEROZZI). . .	" 205
Notizie. — La riproduzione del Codice delle Pandette Fio- rentine . . .	" 153
Necrologie — LEVIN GOLDSCHMIDT. (V. SCIALOJA) . . .	" 314
FRANZ. HOFMANN. (V. SCIALOJA) . . .	" 318
Articoli relativi al diritto romano nelle riviste italiane e straniere. . .	" 156
Articoli relativi al diritto romano etc. . .	" 196
Bullettino bibliografico . . .	" 162

20
32



K Istituto di diritto romano
9 "Vittorio Scialoja"
S75 Bullettino
anno 9

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

